



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2019 / 2020

**LA PROTECCIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO.
EN ESPECIAL, FRENTE A LAS CLÁUSULAS IRPH.**

**THE PROTECTION OF THE MORTGAGER.
IN PARTICULAR, WITH REGARD TO THE IRPH CLAUSES.**

**AUTORA: MARINA MADRAZO VELASCO
DIRECTORA: ARAYA ALICIA ESTANCONA PÉREZ**

ÍNDICE

1.- RESUMEN.....	1
2.- INTRODUCCIÓN.....	3
3.- NORMATIVA.....	6
4.- PRÉSTAMO HIPOTECARIO.....	16
4.1.- INTRODUCCIÓN.....	16
4.2.- ELEMENTOS CONTRACTUAL: PRÉSTAMO.....	17
4.2.1.- Concepto y naturaleza.....	17
4.2.2.- Forma y prueba del contrato.....	19
4.2.3.- Capacidad de las partes.....	20
4.2.4.- Obligaciones del prestatario.....	21
4.3.- ELEMENTO REAL: HIPOTECA.....	26
4.3.1.- Concepto y función económico-social.....	26
4.3.2.- Origen.....	27
4.3.3.- Elementos personales.....	27
4.3.4.- Objeto.....	28
4.3.5.- Caracteres.....	31
4.3.6.- Forma e inscripción registral.....	32
4.3.7.- Derechos y obligaciones de las partes.....	33
4.4.- PRÉSTAMO HIPOTECARIO Y CRÉDITO INMOBILIARIO.....	34
4.4.1.- Finalidad y ámbito de aplicación de la Ley 5/2019.....	34
<i>A.- Finalidad y ámbito objetivo</i>	
<i>B.- Ámbito subjetivo</i>	
<i>B.1.- El prestamista inmobiliario</i>	

B.2.-El prestatario

**4.4.2.- Principales particularidades del régimen
jurídico de los préstamos sujetos a la LCCI.....42**

A.- Forma y contenido

B.- El tipo de interés

C.- El reembolso anticipado

D.- El vencimiento anticipado

E.- Intereses moratorios

**5.- LA PROTECCIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO
PERSONA FÍSICA Y CONSUMIDOR FINANCIERO.....47**

**5.1.- EL DEUDOR HIPOTECARIO PERSONA FÍSICA Y
CONSUMIDOR FINANCIERO.....47**

5.2.- LA PLURIPROTECCIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO.....48

5.3.- LA PROTECCIÓN NORMATIVA.....49

5.3.1.- La protección normativa general.....49

A.- Derechos del deudor hipotecario consumidor

*B.- El control de las cláusulas no
negociadas individualmente y las condiciones
generales de la contratación*

5.3.2.- La protección normativa sectorial.....57

**5.3.3.- La protección especial dispensada por LCCI y
su desarrollo reglamentario.....62**

A.- Obligaciones de información y transparencia material

A.1.- Publicidad

A.2.- Información precontractual

A.3.- Comprobación notarial

B.- Normas de conducta

5.4.- PROCEDIMIENTOS DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS.....	69
5.5.- SERVICIOS DE RECLAMACIONES DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS	71
5.6.- PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA.....	73
6.- CLÁUSULAS IRPH EN CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.....	75
6.1.- CONCEPTO DE IRPH.....	75
6.2.- PROBLEMÁTICA.....	77
6.2.1.- La cláusula IRPH como condición general de la contratación.....	77
6.2.2.- La competencia para su control.....	79
6.2.3.- Sujeción a la Directiva 93/13 y a la LCGC	80
6.2.4.- La aplicación del régimen de control sobre las cláusulas IRPH	84
<i>A.- Control de incorporación</i>	
<i>B.- El control de transparencia material</i>	
<i>B.1.- Objeto y extensión del control de transparencia material</i>	
<i>B.2.- La consecuencia jurídica resultante de la no superación del control de transparencia material</i>	
<i>C.- El control de contenido: abusividad</i>	
6.2.5.- Efectos de la nulidad.....	91
7.- CONCLUSIÓN.....	94
8.- BIBLIOGRAFÍA.....	98

*El banquero es un señor que nos presta el paraguas
cuando hace sol y nos lo exige cuando empieza a llover.*

Mark Twain.

1.- RESUMEN

RESUMEN: El préstamo hipotecario es una de los contratos más utilizados en el mercado crediticio. Por una parte, permite al prestatario obtener financiación de forma eficaz y, por otra, a la entidad financiera contratar con una garantía segura de reembolso. El legislador español, consciente del claro desequilibrio entre las partes contratantes cuando, como sucede mayoritariamente, el prestamista es una entidad de crédito y el prestatario tiene la condición de consumidor, ha creado una regulación sumamente protectora en favor de este último, mucha de la cual proviene del Derecho de la Unión Europea. Esta normativa se centra, entre otros aspectos, en la defensa del consumidor frente al empleo de cláusulas abusivas. Una de las estipulaciones contractuales que ha generado mayor litigiosidad y controversia jurisprudencial en la actualidad, ha sido la conocida como cláusula IRPH en préstamos hipotecarios a tipo de interés variable. Frente a la discordancia existente entre las resoluciones judiciales que versan sobre la misma, la STJUE de 3 de marzo de 2020 avanza en el sentido de considerarla comprendida dentro del ámbito objetivo de la Directiva 93/13/CEE y sujeta a los distintos controles que han de superar las cláusulas no negociadas individualmente, a fin de procurar que el consumidor financiero al celebrar el contrato lo haga habiendo comprendido realmente la relevancia de la cláusula y de las consecuencias jurídicas y económicas que conlleva.

PALABRAS CLAVE: préstamo hipotecario; prestatario; consumidor; financiación; desequilibrio; cláusulas abusivas; IRPH; objeto principal del contrato; control de transparencia.

ABSTRACT: The mortgage loan is one of the most widely used contracts in the credit market. On the one hand, it allows the borrower to obtain financing efficiently and, on the other hand, it allows the financial institution to contract with a secure guarantee of repayment. The Spanish legislator, aware of the clear imbalance between the contracting parties when, as is mostly the case, the lender is a credit institution and the borrower is a consumer, has created a highly protective regulation in favour of the financial consumer, much of which comes from European Union Community law. This legislation focuses, among other aspects, on the defence of the consumer against the use unfair terms. One of the contractual provisions that has generated the most litigation and jurisprudential controversy has been the famous IRPH clause in variable rate mortgage loans. In view of

the discrepancy between the court rulings on this subject, the ECJ on April 3, 2020, established that it was within the objective scope of Directive 93/13/EEC and subject to the various checks that must be carried out on terms or deals that have not been individually negotiated. This was in order to ensure that the financial consumer, when concluding the contract, would actually understand the relevance of the terms and legal and economic consequences that it might entail.

KEY WORDS: mortgage loan; borrower; consumer; financing; imbalance; unfair terms; IRPH clause; main project of the contract; control of transparency.

2.- INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es analizar el régimen jurídico del contrato de préstamo hipotecario, la protección que nuestro sistema jurídico dispensa al deudor hipotecario persona física y consumidor financiero, y la aplicación del régimen de control de las condiciones generales de la contratación/cláusulas no negociadas individualmente a las controvertidas cláusulas IRPH.

El contrato de préstamo hipotecario, que conjuga la figura del préstamo, con la garantía real de la hipoteca, ha sido calificado como complejo por el Tribunal Supremo (en adelante, TS) en su reciente sentencia núm. 663/2019, de 12 de diciembre [RJ 2019\5211]. Esta combinación es universalmente empleada en el mercado del crédito, por lo que el interés que suscita es innegable. A nivel europeo, su importancia aumenta si se atiende a que el derecho a la vivienda es considerado como un Derecho Fundamental, como interpreta la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 10 de septiembre de 2014, C-34/13 (Asunto Monika Kušionová contra SMART Capital a.s.).

Tras la crisis financiera de 2007, las instituciones de la Unión Europea potenciaron la investigación exhaustiva sobre las distintas mejoras que podía experimentar el mercado del crédito, que había comenzado en 2003. Comprobaron que la irresponsabilidad de los agentes del mercado financiero podía socavar los cimientos del sistema económico. A raíz de estos estudios, se promulgó la Directiva 17/2014, que viene a reforzar la protección normativa del deudor hipotecario. Con ello, se pretendía recuperar la confianza de los prestatarios, potenciar la seguridad jurídica, la transparencia y comprensión de los contratos y de las cláusulas que los componen, así como el justo equilibrio entre las partes que los celebran. Y es que, como dice el apartado I de la Orden EHA/2988/2011, *[l]a transparencia en el funcionamiento de los mercados ha supuesto históricamente uno de los objetivos más perseguidos por el ordenamiento jurídico de cualquier sector económico. La correcta asignación de los recursos no puede producirse de manera auténtica, ni es factible garantizar plenamente la competencia, si no existe un marco adecuado de protección para los clientes que, limitando los efectos de la asimetría de información, les permita adoptar sus decisiones económicas de la forma más conveniente.*

La citada Directiva ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español por medio de la Ley 5/2019, de 30 de marzo, de contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI).

En España, el régimen de concesión de préstamos con garantía hipotecaria inmobiliaria, ha hecho posible que muchas personas hayan podido disfrutar de viviendas en propiedad, en una proporción superior a la de muchos países. Crear un régimen jurídico seguro, ágil y eficaz, que proteja este tipo de operaciones *es una exigencia que deriva no sólo de las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión Europea, sino de los indudables beneficios que supone para la economía de un país* (Preámbulo LCCI).

La protección que la LCCI dispensa al deudor hipotecario, contribuye a la seguridad y eficacia de este contrato. No obstante, no se trata de la única Ley que lo protege. Distintas normas generales y sectoriales, tanto de Derecho interno como comunitario, contienen un régimen protector en favor del prestatario, sobre todo, en relación con la inclusión en los contratos de las conocidas como cláusulas abusivas.

La abusividad de una cláusula contractual depende de distintos aspectos: la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato.

Una de las disposiciones contractuales que ha generado mayor litigiosidad es la famosa cláusula IRPH.

El IRPH conforma un índice oficial de referencia, incluido en préstamos hipotecarios a tipo de interés variable. La controversia doctrinal y jurisprudencial en torno a dicho índice y las cláusulas que lo incorporan al contrato abarca: su carácter de condición general de la contratación, la competencia para su control, la sujeción a la Directiva 93/13/CEE y a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), la aplicación sobre la misma del régimen de control de las cláusulas/condiciones y los efectos de su eventual nulidad.

A raíz de todos estos problemas, el Juzgado de Primera Instancia n ° 38, de Barcelona, planteó una serie de cuestiones prejudiciales al TJUE, el cual ha respondido por medio de la sentencia de fecha 3 de marzo de 2020, C-125/18 (Asunto Mare Gómez del Moral Guasch vs. Bankia S.A.).

En virtud del principio por el que la interpretación que realiza el TJUE del Derecho de la Unión es vinculante para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, los Tribunales españoles se deberán atener a la resolución dictada por el Tribunal europeo.

3.- NORMATIVA

El 4 de febrero de 2014, fue publicada en el DOUE la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. La misma, modificó las Directivas 2008/48/CE, relativa a los contratos de crédito al consumo, y 2013/36/UE, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito, a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y empresas de inversión. A su vez, modificó el Reglamento (UE) n ° 1093/2010 por el que se creó una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea, ABE).

Esta norma es resultado de un proceso investigador que inició la Comisión Europea en marzo de 2003. El propósito del mismo era evaluar el impacto de los obstáculos al mercado interior de los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, así como, más adelante, analizar los elementos esenciales de este tipo de contratos en los Estados miembros (información precontractual, solvencia, asesoramiento sobre contratos de crédito...). Está dirigido a conseguir un mercado crediticio más eficiente y transparente, que garantice la libre circulación de mercancías y servicios y la libertad de establecimiento en la UE, un espacio económico sin fronteras interiores (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante, TFUE).

Descubrió que existían grandes diferencias entre la regulación crediticia de los distintos Estados miembros, lo cual dificultaba la actividad transfronteriza, y cuáles eran los problemas que dificultaban el correcto funcionamiento del mercado del crédito. Como indica la Directiva en su preámbulo: *Esos problemas se deben a deficiencias del mercado y de la normativa, pero también a otros factores, como la coyuntura económica general y los escasos conocimientos financieros. A estos problemas se ha sumado a veces el de la ineficacia o incoherencia de los regímenes aplicables a los intermediarios de crédito y a las entidades no crediticias que otorgan créditos para bienes inmuebles de uso residencial, o a la inexistencia de tales regímenes. Los problemas observados podrían tener importantes efectos macroeconómicos indirectos, ir en detrimento del consumidor, erigir obstáculos económicos y jurídicos a la actividad transfronteriza y crear inequidad en las condiciones de competencia entre los operadores del mercado.*

Tras la crisis financiera de 2007, la Unión fue consciente del daño económico y social que podía acarrear el comportamiento irresponsable de los sujetos que participan

en la concesión y contratación de préstamos. A raíz de ella, la labor de investigación y estudio sobre el mercado crediticio se incrementó y en diciembre de ese mismo año, la Comisión Europea adoptó lo que se conoce como un Libro Blanco, acerca de la integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión. Existía la necesidad de crear una nueva regulación que armonizara la vigente en los distintos Estados miembros, para proteger en mayor medida a los consumidores y corregir los problemas anteriormente referenciados, labor que cumple la presente Directiva.

Esta norma establece un régimen sumamente armonizado, orientado a que los consumidores ostenten un alto grado de protección a la hora de concluir contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, debido, entre otras razones, a que el derecho a la vivienda constituye un Derecho Fundamental en el ordenamiento de la Unión (tal como reconoce expresamente el apartado 65 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, (Asunto Monika Kušionová contra SMART Capital a.s.), donde manifiesta que: *En el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13*). De ahí, que se centre en unificar los ordenamientos estatales, sobre todo, en relación con la información precontractual ofrecida por los prestamistas (*medidas orientadas a mejorar la accesibilidad, comparabilidad y exhaustividad de la información crediticia*), y con el cálculo de la Tasa Anual Equivalente (TAE).

Ello no es óbice para que los distintos Estados miembros adopten disposiciones de protección más estrictas que las recogidas en el ordenamiento comunitario, en atención a aquellas que la citada Directiva no califique como de máxima armonización. Además, todo lo no previsto por esta norma, podrá ser libremente regulado a nivel nacional.

Cuando la Directiva introduce referencias a otras normas de Derecho derivado comunitario, en las definiciones de su art. 4, pretende garantizar la seguridad jurídica y la coherencia en el ordenamiento de la Unión, para que se empleen con el mismo sentido esos términos en distintos ámbitos jurídicos.

En virtud de la obligación que tienen los Estados miembros de transponer las Directivas comunitarias, las instituciones comunitarias habían fijado como fecha límite para ello el día 21 de marzo de 2016 (art. 43 Directiva 2014/17/UE). Sin embargo, España no cumplió dicho plazo.

Ante este retraso, la Comisión Europea abrió un expediente sancionador contra el Estado español, advirtiéndolo de la posibilidad de acudir a un procedimiento judicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud del art. 258 del TFUE, en caso de persistir en el incumplimiento de la obligación de transposición.

Debido a la posterior demora, el 28 de abril de 2017 la Comisión interpuso una demanda contra España ante el TJUE. Finalmente, se publicó la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que entró en vigor el 16 de junio de 2019 y que cumplió la labor de transponer la Directiva 2014/17/UE.

Por esta razón, la Comisión dio por completada la transposición y, sucintamente, comunicó su desistimiento al TJUE, el cual archivó el asunto. De no haber sido así, la sanción contra el Estado español podría haber ascendido a más de 100 millones de euros.

La nueva Ley de contratos de crédito inmobiliario acoge en el ordenamiento nacional todas las previsiones que recoge la Directiva en aras a conseguir un mercado crediticio eficiente y transparente.

Así como la norma europea establece un régimen de mayor protección a los prestatarios que ostenten la condición de consumidores (*personas físicas que, en las operaciones reguladas por la Directiva, actúen al margen de su actividad comercial o empresarial o de su profesión*), la LCCI extiende el mismo amparo a toda persona física que celebre la primera de las modalidades contractuales que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación, facultad que otorga la propia Directiva a los legisladores nacionales.

La Ley se estructura en cuatro capítulos diferenciados: el primero, regula su objeto, ámbito de aplicación, el carácter irrenunciable de los derechos de los prestatarios y las definiciones a efectos de la Ley. El segundo, contiene normas de conducta, información y transparencia que han de cumplir los prestamistas e intermediarios de crédito inmobiliario, y el tercero regula el régimen jurídico de los mismos. Por último, el capítulo cuarto recoge su régimen sancionador.

Además, contiene doce disposiciones adicionales y cinco transitorias, la primera de las cuales establece la regla de la no retroactividad de sus disposiciones.

Sin embargo, este principio queda exceptuado en relación con: el vencimiento anticipado de los contratos, que tenga lugar tras su entrada en vigor; la novación o

subrogación producida después de su entrada en vigor, y, por último, el ejercicio del derecho al reembolso anticipado previsto en el art. 23.

También, contiene una disposición derogatoria y dieciséis disposiciones finales, en que señala las modificaciones que supone en relación con otras normas: en materia hipotecaria, de condiciones generales de la contratación, de defensa de consumidores y usuarios (muy importante, como referiré en el epígrafe VI), en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así como dos anexos, referentes a la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y al cálculo de la Tasa Anual Equivalente (TAE).

De entre toda la protección que esta Ley dispensa en favor del deudor hipotecario, destacan los múltiples deberes de información precontractual que pesan sobre el empresario, y que aseguran el conocimiento efectivo del prestatario sobre el contrato que pretende celebrar y las consecuencias que le puede acarrear.

La Ley de 2019 es desarrollada parcialmente por el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril en aquellos aspectos en los que las particularidades del sistema son merecedoras de una concreción dotada por una norma de rango inferior.

Finalmente, no nos gustaría finalizar sin mencionar la promulgación de medidas excepcionales que afectan a la normativa reguladora de los contratos de préstamo hipotecario, promulgadas a raíz de la presente pandemia coronavírica, a las que haré una breve referencia, sin perjuicio de tratarse de una situación excepcional que no puede ser analizada con vocación de permanencia.

La actual crisis sanitaria a nivel nacional e internacional debida a la expansión del COVID-19, ha motivado que el Gobierno español declarase el estado de alarma, por medio de la promulgación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en virtud del art. 116 de la Constitución Española, y de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. A su vez, el ejecutivo ha adoptado una serie de medidas de gestión de la crisis, con el fin de paliar la expansión de la enfermedad y los perjuicios económicos y sociales que conlleva.

Las medidas excepcionales influyen en diversos ámbitos, como la sanidad, la defensa o el transporte. Entre las que tienen carácter económico, se encuentran algunas que inciden directamente en los contratos de crédito inmobiliario.

En particular, el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, parcialmente modificado por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 regula la moratoria de deuda hipotecaria para la adquisición, entre otras, de vivienda habitual en sus artículos 7 a 16, dentro del Capítulo I titulado: *Medidas de apoyo a los trabajadores, familias y colectivos vulnerables*.

Recoge una serie de disposiciones para procurar la moratoria de esta deuda hipotecaria, destinadas a las personas *que padecen extraordinarias dificultades para atender su pago como consecuencia de la crisis del COVID-19*. En concreto, se aplican a los deudores y, también, a los fiadores y avalistas del deudor principal, que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica.

En su art. 9, aclara y define el concepto de vulnerabilidad económica, y recoge una serie de circunstancias que se identifican con tal situación, todas ellas provocadas por la crisis sanitaria: situación de desempleo, una reducción determinada de los ingresos de la unidad familiar, grave impacto económico en la misma.

Para poder aplicar este régimen moratorio excepcional, tanto el deudor como los fiadores o avalistas, habrán de solicitárselo al prestamista, por medio de la suficiente acreditación documental de su situación de vulnerabilidad económica (art. 11). Las solicitudes de moratoria podrán presentarse desde el día siguiente a la entrada en vigor del real decreto-ley (Disposición Transitoria Segunda). La entidad acreedora que la conceda, habrá de comunicarlo al Banco de España a efectos contables, y conllevará: la suspensión de la deuda, la inaplicación de la cláusula de vencimiento anticipado, la prohibición de exigir el pago de la cuota hipotecaria. Tampoco se devengarán intereses.

Además, se inaplicarán los intereses moratorios en los contratos de crédito hipotecario en que el deudor se encuentre en los referidos supuestos de vulnerabilidad económica (art. 15, que no habla de concesión por parte del prestamista, sino que rige *ex lege*).

Por su parte, la medida establecida en favor de fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores, es la facultad que el Real Decreto les concede de exigir que la entidad prestamista agote el patrimonio del deudor principal, *aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión* (art. 10).

Por último, el art. 16 de esta norma, regula la responsabilidad por daños y perjuicios provocados por la inadecuada aplicación de estas medidas, por parte del deudor. También, éste habría de hacer frente a todos los gastos provocados por esta deficiente aplicación, *sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden a que la conducta del deudor pudiera dar lugar*.

En particular, el análisis de la jurisprudencia más relevante sobre las cláusulas IRPH introducidas en los contratos de préstamo hipotecario, nos obliga a buscar la reglamentación vigente en la materia.

Como ya he indicado, uno de los objetivos primordiales de la nueva regulación sobre préstamos hipotecarios es proteger al cliente de los servicios financieros. La intensificación de las garantías de que puede gozar el mismo ha aumentado, debido a que, en los últimos tiempos, su correcto cumplimiento se ha visto viciado por el empleo de una serie de cláusulas contractuales conocidas como abusivas. Entre ellas, destaca el controvertido uso en los préstamos a interés variable de las cláusulas que contienen el Índice de Referencia en los Préstamos Hipotecarios (en adelante, IRPH).

Dicho índice, actualmente aparece definido en el anexo 8 de la Circular 5/2012 del Banco de España, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, que desarrolla la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de Transparencia y Protección del Cliente de Servicios Financieros, recientemente modificada por la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, en desarrollo reglamentario de la LCCI.

La primera circular del Banco de España en la que se define el IRPH, fue la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, que desarrollaba la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, dictada por el Ministro de Economía y Hacienda. Ésta era una norma reglamentaria, promulgada al amparo del art. 48.2 de la, hoy derogada, Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que facultó al Ministro de Economía y Hacienda (actual art. 5 Ley 10/2014) para que, con la finalidad de proteger los intereses de los clientes financieros, estableciera un conjunto de obligaciones aplicables a las relaciones contractuales entre éstos y las entidades de crédito. En concreto, en su letra e) le faculta para *efectuar, por sí o a través del Banco de*

España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de préstamos hipotecarios.

Posteriormente, la publicación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible supuso una gran evolución en este ámbito normativo.

Esta disposición, faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que *apruebe las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito*. A raíz de tal habilitación, se ha promulgado la Orden EHA/2899/2011, desarrollada por la Circular 5/2012, del Banco de España. Así, se crea un nuevo marco de conducta orientado a la protección de los clientes financieros.

La habilitación legal que permite al Banco de España desarrollar, mediante Circulares, esta clase de Órdenes Ministeriales, se encuentra en el art. 3 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España. En este sentido, la Circular 5/2012 establece, en su norma decimocuarta, cuáles son los tipos de interés oficiales en el mercado del crédito, conforme a lo establecido en el art. 27 de la Orden, entre los que se encuentra el IRPH. Además, esta norma señala que *el Banco de España dará una difusión adecuada a estos índices, que, en todo caso, se publicarán mensualmente en su página web y en el «Boletín Oficial del Estado»*. Éste conforma uno de los puntos controvertidos en la jurisprudencia, a la hora de valorar la accesibilidad del consumidor financiero a la información que precisa para comprender la influencia del índice en el contrato, a efectos del control de transparencia.

Estos índices son definidos en el anexo 8 de la Circular, donde también se señala su método de cálculo. Es en su primer apartado donde habla del IRPH-Entidades: *1. Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España.*

Se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas por los bancos y las cajas de ahorros en el mes a que se refiere el índice.

Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de bancos y cajas de ahorros, de acuerdo con el apartado 4 de la norma decimosexta.

Este precepto, denota la complejidad que entraña la determinación y funcionamiento del índice oficial en cuestión, la cual conformará uno de los criterios para valorar la transparencia de las cláusulas que lo incluyen en los contratos de préstamo hipotecario. De esta manera, el Banco de España es el encargado de determinar, supervisar y publicar mensualmente el IRPH, tanto en su página web como en el BOE.

Por otro lado, el acceso al crédito está íntimamente relacionado con el crecimiento de la economía, del empleo y de la riqueza nacional. De ahí, que el sector financiero, y en especial el bancario, desempeñen un papel esencial. Suponen la vía más eficaz para transformar el ahorro en financiación. Sin embargo, uno de los inconvenientes de la actividad bancaria es el riesgo y la incertidumbre que lleva a aparejadas.

Por ello, el ordenamiento jurídico ha de regular exhaustivamente la prevención y gestión de los riesgos financieros, y el fomento de las condiciones de financiación más favorables en la economía. El legislador ha de procurar el equilibrio entre la estabilidad financiera y el eficiente funcionamiento de la actividad, sobre todo, por medio de la protección a los clientes de las entidades bancarias. Así, las entidades financieras han de estar sujetas a rígidas normas de capacidad, pero también de disciplina y ordenación.

De este modo, el ordenamiento español, en concordancia con el Derecho de la Unión Europea (Reglamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junio, y la Directiva 2013/36/UE, de 26 de junio) y los convenios internacionales, ha configurado un auténtico estatuto profesional de las entidades de crédito, por medio de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. También, lleva a cabo una labor de refundición en un único texto de las principales normas de ordenación y disciplina de entidades de crédito.

Este cuerpo legal, contiene el núcleo esencial del régimen jurídico aplicable a las entidades de crédito, sin perjuicio de la existencia de otras normas especiales que regulan aspectos concretos de su actividad o el régimen jurídico particular de un tipo específico de entidad de crédito, como sucede con las cajas de ahorros y las cooperativas de crédito. Se encarga de regular la vigilancia continuada de la solvencia y gestión de riesgos de las entidades, atribuida con amplias prerrogativas al Banco de España y, también, alcanza

otros elementos sustantivos de la regulación de las entidades de crédito como la reserva de actividad, el control del acceso e idoneidad de directivos y accionistas más significativos o el refuerzo específico de las exigencias de gobierno corporativo.

Como ya he señalado, gran parte de la regulación que protege al consumidor financiero en los contratos de préstamo hipotecario, se centra en prevenir el empleo de cláusulas abusivas. En este sentido, cabe destacar otra norma comunitaria, que también ha sido transpuesta al ordenamiento español, como es la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

La promulgación de esta Directiva tiene lugar, también, en el contexto de la consecución de un mercado único sin fronteras interiores. Su propósito es reducir la disparidad existente en la regulación sobre contratos con consumidores y cláusulas abusivas en los Estados miembros.

Se trata de una Directiva de mínimos, que permite a los Estados miembros aumentar las restricciones frente a las citadas cláusulas, y de orden público, lo que supone que resulta indeclinable para la autonomía de la voluntad¹.

Esta norma, procura asegurar un conocimiento efectivo del consumidor sobre el contenido del contrato que celebra, lo cual permite preservar el principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC). Este principio, únicamente puede regir si concurre el consentimiento de las partes contratantes, lo cual es imposible sin un conocimiento real del objeto del contrato. En definitiva, trata de restablecer la igualdad en los contratos que incluyen condiciones generales de la contratación, en base a la necesidad de un consentimiento correctamente formado.

En el ordenamiento jurídico español, se transpuso por medio de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, también, LCGC), que al mismo tiempo, a través de su disposición adicional primera, modificó el marco jurídico preexistente de protección al consumidor.

¹ LOZANO GAGO, M.L., “La protección jurisdiccional de los derechos del consumidor: evolución en la jurisprudencia nacional y de la UE”, en *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros*. DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ, C. (dir.), FORTEA GORBE, J. L. (coor.). Primera Edición. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 2019. p. 98.

Por otro lado, cabe hacer referencia al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, LGDCU), que define el concepto de consumidor (art. 3) y empresario (art. 4) y recoge los derechos básicos de que aquél es titular, además de una multitud de disposiciones protectoras, que analizaré posteriormente.

Por último, cabe hacer referencia a una serie de normas sectoriales, que tienen como denominador común la protección del prestatario hipotecario, y que trataré en el epígrafe quinto, como son: la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios; la Ley 22/2007, de 11 de julio, de Comercialización a Distancia de Servicios Financieros; la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se Regula la Contratación con los Consumidores de Préstamos o Créditos Hipotecarios y de servicios de intermediación para contratos de préstamo o crédito; el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de Medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

4.- PRÉSTAMO HIPOTECARIO

4.1.- INTRODUCCIÓN

El contrato de préstamo mutuo está incluido dentro de la categoría de los contratos de financiación, caracterizados por desarrollar como función económico-social la concesión de crédito, mediante el intercambio de una prestación presente por otra futura cuyo objeto lo constituye el dinero².

Dado el riesgo inherente al crédito, suelen ir acompañados de garantías dirigidas a minimizar el mismo, asegurar la restitución de la financiación facilitada. Las mismas pueden ser de carácter personal o real, destacando entre las últimas la hipoteca inmobiliaria de origen convencional.

La combinación de ambas figuras jurídicas, el contrato de préstamo y el de hipoteca inmobiliaria, da lugar al contrato de préstamo hipotecario. En su virtud, la hipoteca garantiza el cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato de préstamo.

Como ya he indicado, la jurisprudencia califica el préstamo hipotecario como negocio jurídico complejo, cuyo fundamento común para las partes es la obtención de un crédito más barato a cambio de una garantía eficaz en caso de impago.

Se trata de un contrato predominantemente empleado en el ámbito bancario. Pese a que admita varias modalidades, el esquema habitual suele ser aquel en que una entidad financiera presta dinero a un consumidor para la adquisición de una vivienda, sobre la que se constituirá una garantía hipotecaria a fin de asegurar la devolución de lo prestado. Esta realidad, el desarrollo del principio de protección de los consumidores, consagrado constitucionalmente (art. 51 CE) y al máximo nivel comunitario [art. 4.2.f) TFUE], y la necesidad de procurar la estabilidad del sistema financiero, han desembocado en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de contratos de crédito inmobiliario, que transpone la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial

² AGUILAR RUIZ, L., “Contratos de financiación y garantía” en *Manual de Derecho Civil Patrimonial I*. (Coor. INFANTE RUIZ, F./ LÓPEZ DE LA CRUZ, L.) Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2016. p. 415.

4.2.- ELEMENTOS CONTRACTUAL: PRÉSTAMO.

4.2.1.- Concepto y naturaleza

El contrato de préstamo aparece recogido en el art. 1740 del Código Civil (en adelante, también, CC), cuyo párrafo primero reza: *Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo.*

El precepto distingue, en función de la fungibilidad o no del objeto del contrato, entre comodato y préstamo simple o mutuo. Por cosa fungible, hay que entender cosa consumible, conforme al concepto de fungibilidad del art. 337 CC³.

- Diferencias con el comodato

En el préstamo simple o mutuo, se transmite la propiedad de lo entregado, dado que la cosa se consume con el mero uso. Hay que gozar del *ius disponendi* sobre ella para poder usarla, de tal forma, que el prestatario no viene obligado a devolver la misma cosa, sino otro tanto de la misma especie y calidad. El prestamista pierde toda acción real respecto a lo entregado, únicamente conserva la acción personal de cumplimiento, a fin de exigir al mutuario la restitución. Su derecho de propiedad se transforma en un mero derecho de crédito⁴. En cambio, el comodante conserva la propiedad de la cosa no fungible entregada, con todas las acciones reales protectoras del dominio, dado que el comodatario no precisa ser dueño para ejercitar su facultad de uso.

En consecuencia, mientras que es el comodante quien asume el riesgo de pérdida de la cosa, en el mutuo es el prestatario (art. 1753 CC).

Por otro lado, el comodato es esencialmente gratuito, ya que, en otro caso, se convertiría en un contrato de arrendamiento (art. 1.741 CC).

³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Tratado de Contratos*, Tomo IV, 2ª Ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. p. 4469.

⁴ Díez-PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, Tomo 2. Ed. Tecnos. Madrid. 2018. p. 157.

En cuanto al préstamo simple, puede ser gratuito u oneroso. La regulación del CC indica, en principio, que el prestatario ha de devolver el *tantundem*, por lo que se podría concluir que tiene un carácter naturalmente gratuito⁵.

No obstante, la concesión de crédito puede ser retribuida por medio de un pacto expreso de pago de intereses remuneratorios (art. 1.755 CC). En el supuesto de que, pese a no existir tal pacto, el prestatario pague intereses al prestamista, no podría reclamarlos ni imputarlos al capital (art. 1.756 CC).

- Naturaleza: contrato real o consensual.

La definición que establece el CC sobre el préstamo, como aquel contrato en que una de las partes *entrega*, y no *se compromete a entregar*, le otorga naturaleza real. Su perfección precisaría la *traditio* o *datio rei*, de modo que la entrega no tendría lugar en sede de ejecución del contrato, sino que sería la culminación de su proceso de formación. Pero, nada obsta para admitir la validez del acuerdo de voluntades en que una de las partes se obliga a prestar y la otra a devolver lo prestado.

En este caso, el contrato se perfeccionaría con el mero consentimiento, sin necesidad de entrega. Concuera con el principio consensualista consagrado en los arts. 1.254 y 1.258 CC, y con el principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC).

No obstante, para que el mutuario esté obligado a restituir, es requisito indispensable la entrega de la cosa objeto del préstamo. Nada impide, decía ALGUER, *que las obligaciones que engendra un contrato vayan surgiendo sucesivamente y no de una manera simultánea*⁶.

Este posible carácter consensual del préstamo, se aprecia con claridad en el ámbito bancario, dado que, habitualmente, el contrato se formaliza antes de la entrega de la cantidad prestada, y, también, en el ámbito de la contratación con consumidores, donde la oferta vincula al prestamista potencial durante un determinado periodo de tiempo.

- Préstamo civil y préstamo mercantil.

⁵ DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho Civil (II)* – Vol. 2: Contratos y Responsabilidad Civil. (Coor. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C). Ed. Edisofer, S.L.. 4ª Edición, Madrid. 2016. p. 249.

⁶ Díez-PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, Tomo 2. Ed. Tecnos. Madrid. 2018. p. 151.

El préstamo es uno de los contratos que, en nuestro ordenamiento, está regulado tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio (en adelante, también, CCom).

Esta circunstancia exige determinar el criterio o criterios que permitan diferenciar uno de otro, de lo que se encarga el artículo 311 CCom. De conformidad con este precepto, el préstamo será mercantil concurriendo las circunstancias siguientes: a) si alguna de las partes fuera comerciante; b) si las cosas prestadas se destinan a actos de comercio (art. 2 CCom).

No existe unanimidad en la doctrina en torno a si es necesario que concurren ambos requisitos; tampoco es clara la jurisprudencia.

El debate se proyecta, en particular, sobre el carácter civil o mercantil de los préstamos bancarios en caso de que el mutuuario sea un consumidor. La reciente STS núm. 693/2019, de 18 diciembre [RJ 2019\5125], se inclina por el carácter mercantil, al establecer que: *El de préstamo es un contrato por el que la entidad bancaria entrega una suma de dinero determinada, obligándose quien la recibe a restituir la totalidad del capital en las condiciones pactadas y a pagar los correspondientes intereses. A falta de una regulación específica del préstamo bancario de dinero, se le aplican los arts. 311 a 324 del Código de Comercio (CCom) y, supletoriamente, lo dispuesto en el Código Civil (CC).*

4.2.2.- Forma y prueba del contrato

El contrato de préstamo no conforma una excepción al principio general de libertad de forma que rige en nuestro ordenamiento (arts. 1.278 CC y 51 CCom).

Las diferentes exigencias formales contenidas en las regulaciones sectoriales en materia bancaria y en el ámbito de la contratación con consumidores (ej.: art. 22.1 LCCI) tienen finalidad probatoria y tuitiva, pero no configuran la forma con carácter *ad solemnitatem*.

Del mismo modo, el art. 1280 CC exige que consten por escrito aquellos contratos en que la cuantía de las prestaciones exceda de 1.500 de las antiguas pesetas, que equivalen a 9 euros presentes, lo cual es a igualmente a efectos *ad probationem*⁷.

⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Tratado de Contratos*, Tomo IV, 2ª Ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. p. 4472.

En cuanto a la prueba del contrato de préstamo, cabe cualquier medio admitido en Derecho (STS de 6 de junio de 2006, Recurso de Casación núm. 3443/1999 [RJ 2006\8176]). A estos efectos, hay que distinguir entre la prueba del contrato, la cual es suficiente para que el prestatario pueda exigir la *traditio*, de la prueba de la entrega, necesaria para que el prestamista pueda apelar a la devolución de lo prestado.

4.2.3.- Capacidad de las partes

Para poder celebrar el contrato de préstamo, no se requiere una capacidad especial, sino la general para contratar.

El prestamista, además de gozar de plena capacidad de obrar, ha de ser propietario del objeto del préstamo y ostentar la plena capacidad para enajenarlo. En el ámbito del contrato de préstamo, sería de aplicación la regla del art. 1.160 CC, por la cual, en caso de que el prestamista entregare una cantidad de dinero de la que no podía disponer, el *verus dominus* no tendrá acción frente al prestatario que lo hubiera gastado de buena fe⁸.

Como he señalado, el prestatario también ha de gozar de plena capacidad de obrar, de ahí que el menor emancipado no pueda tomar dinero a préstamo sin consentimiento de sus padres o de su curador (art. 323 CC). Esta limitación afecta también al menor que ha obtenido judicialmente el beneficio de la mayoría de edad⁹.

Por su parte, el tutor no podrá dar o tomar dinero a préstamo, en nombre y representación de su tutelado, sin autorización judicial previa al efecto (art. 271.8º CC).

En determinados ámbitos, fruto del principio de responsabilidad en la concesión de crédito, podría añadirse que, al prestatario, junto al de capacidad, le es exigido el requisito de ser solvente. Así resulta del artículo 29.1 de la Ley de Economía Sostenible, que impone a las entidades de crédito el deber de examinar la solvencia de los potenciales prestatarios sobre la base de una información suficiente. En el mismo sentido cabe citar el art. 11 de la LCCI, el art. 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo y el art. 18 de la Orden EAH 2899/2011.

⁸BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Tratado de Contratos*, Tomo IV, 2ª Ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. p. 4477.

⁹ DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, Tomo 2. Ed. Tecnos. Madrid. 2018. p. 158.

Tanto la persona del prestamista como la del prestatario, puede variar durante la vigencia de la relación jurídica. El cambio puede derivar de una cesión de crédito o de una asunción de deuda.

En caso de asunción de deuda, se requiere el consentimiento del prestamista. En cambio, la cesión de crédito no precisa de beneplácito alguno por parte del mutuario (art. 1.205 CC).

Por otro lado, la muerte de cualquiera de las partes hace que el crédito o la deuda pasen a formar parte del caudal hereditario.

Además, es válido que un tercero distinto del prestatario restituya lo entregado al prestamista (art. 1.158 CC). En tal supuesto, concurriendo consentimiento expreso o tácito del deudor, el pagador se subrogará en el derecho del acreedor (art. 1.210. 2 ° CC), sin perjuicio de su derecho de repetición.

Como expongo en el epígrafe quinto, los contratos en que la posición de prestamista sea ocupada por una entidad financiera, quedan sujetos a un régimen especial en materia de subrogación en el crédito, contenido en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

4.2.4.- Obligaciones del prestatario

A.- Devolución de lo prestado.

Una vez entregada la cosa objeto del préstamo, la obligación principal del prestatario es la devolución de lo prestado. Como dice el art. 1740 CC, consiste en devolver *otro tanto de la misma especie y calidad*.

Si se trata de un préstamo dinerario, la restitución se rige por el art. 1.170 CC: 1º: *El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España.*

Sin embargo, la utilización de medios bancarios de pago hace cada vez menos frecuente la entrega material de moneda de curso legal, sustituida por el dinero bancario.

A.1.- Nominalismo y cláusulas de estabilización.

En nuestro ordenamiento, rige el principio nominalista, consistente en que el prestatario habría de devolver la misma cantidad de dinero entregada,

independientemente de su posible devaluación (art. 312 CCom). Esta posibilidad implica un riesgo que, en definitiva, corre a cargo del prestamista, dado que nuestra economía es inflacionaria.

El nominalismo tiene carácter dispositivo, por lo que las partes pueden adoptar medidas para que la cantidad a devolver represente el mismo valor que lo entregado en su momento. No se trata de un pacto de pago de intereses, sino de la adopción de las denominadas cláusulas de estabilización.

A.2.- Vencimiento de la obligación.

La función económico-social del préstamo es la concesión de crédito. Para satisfacer la misma, se estructura en una entrega y devolución con aplazamiento. De ahí que una de sus notas características sea la temporalidad; la restitución del prestatario ha de hacerse pasado algún tiempo, pues de lo contrario se realizaría un intercambio simultáneo de prestaciones iguales, lo que carece de sentido (STS de 29 de enero de 1982 [RJ 1982\335]).

Sentado lo anterior, en cuanto al momento de pago, rige el principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC). El plazo podrá ser todo lo breve que quieran las partes contratantes (STS 28 de mayo 1985 [RJ 1985\2816])¹⁰.

Por lo que respecta al lugar del pago, en defecto de pacto, regirá el art. 1.171 CC, conforme al cual el acto solutorio habrá de tener lugar en el domicilio del deudor.

A.3.- El préstamo con interés.

Como he señalado más arriba, el art. 1.740 CC otorga originariamente naturaleza gratuita al contrato de préstamo, por lo que es posible el pacto de pago de intereses remuneratorios, que necesariamente ha de ser expreso (arts. 1.755 CC) y, en el caso del préstamo mercantil, escrito (art. 314 CCom). La obligación de pago de intereses remuneratorios convierte el negocio en contrato a título oneroso (art. 1.274 CC).

En la actualidad, la celebración de contratos de préstamo a título gratuito es residual, por lo que, en este sentido, la regulación que le otorga el CC ha quedado

¹⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. *Curso de Derecho Civil (II)* – Vol. 2: Contratos y Responsabilidad Civil. Ed. Edisofer, S.L.. 4ª Edición, Madrid. 2016. p. 253.

prácticamente obsoleta. No obstante, la realidad de la contratación no convierte el interés remuneratorio en elemento esencial del contrato.

La fijación de los intereses es libre. Ninguno de los dos códigos contiene límite cuantitativo alguno. El CC, siguiendo el Proyecto de 1.831, parece remitirse tácitamente a una ley especial, que se materializó en la Ley de Represión de la Usura o Ley Azcárate de 23 de julio de 1908. Esta Ley, iniciativa de Gumersindo Azcárate, faculta ampliamente a los Tribunales para, de conformidad con el criterio de la normalidad, anular los contratos de préstamo en los que concurran las circunstancias recogidas en su art. 1¹¹.

Las limitaciones que establece esta Ley, no son incompatibles con el principio de libertad de fijación de intereses. Por el contrario, promueven dicha libertad, dado que el propósito de la regulación es evitar abusos que la corrompan (SSTS núm. 978/1992 de 6 noviembre. [RJ 1992\9228], y núm. 753/1993 de 9 julio. [RJ 1993\6002])¹².

La aparición del fenómeno de la inflación, que conlleva la disminución del valor del dinero, hace que, en ocasiones, el prestamista persiga con la estipulación de intereses, no sólo conseguir su normal productividad, sino, también, evitar el daño que supondría recibir la misma cantidad de dinero prestada, pero con un poder adquisitivo menor (SSTS núm. 86/1997 de 15 febrero [RJ 1997\1238], y núm. 170/1997 de 8 marzo. [RJ 1997\1912]). De esta manera, el riesgo de depreciación monetaria se podría paliar por medio del tipo de interés pactado, sin necesidad de cláusulas de estabilización.

Los intereses pueden pactarse a tipo fijo o variable, en función de si el tipo que ha de determinarlos varía en el tiempo o no. También pueden tener carácter mixto, fijo y variable, en los distintos *tramos* que a tal efecto se divide el contrato. En ningún caso podrá ser negativo, es decir, nunca podrá obligar al prestamista a pagar al prestatario por el capital prestado.

¹¹ De acuerdo con la interpretación jurisprudencial, este precepto distingue tres supuestos de contratos de préstamo que habrían de ser reputados nulos por usurarios:

- 1- Aquellos que establecen un interés notablemente superior al normal del dinero, y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.
- 2- Los préstamos leoninos, aceptados por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia, o de lo limitado de sus facultades mentales.
- 3- Aquellos en los que se suponga recibida cantidad mayor que la entregada¹¹.

¹² En definitiva, son los Tribunales, con base en la normativa señalada y en atención a las circunstancias del caso concreto concurrentes en el momento de perfección del contrato, los competentes para calificar un préstamo como usurario (SSTS de 29 de septiembre de 1992 y de 7 marzo de 1998).

El propósito de la estipulación de tipos de interés variables, es que el prestatario pague por el precio que el dinero tenga en cada momento¹³. La diferencia con las cláusulas de estabilización, radica en que éstas modifican la cuantía del principal a devolver, mientras que en los préstamos a tipo de interés variable varía, precisamente, el interés aplicable a un nominal fijo, que no cambia a lo largo de la vigencia del contrato.

En muchos casos, el tipo de interés se establece por medio de la combinación entre un índice oficial y lo que se conoce como un diferencial, el cual dependerá de las circunstancias de cada contrato y de las características de la relación que vincule a las partes. Es lo que ocurre en los contratos de préstamo hipotecario que incluyen cláusulas IRPH.

No obstante, el índice más utilizado en las operaciones crediticias celebradas por los bancos europeos es el Euríbor. *Se calcula partiendo de los precios de oferta de los préstamos que se hacen entre sí los principales bancos europeos* (Anexo 8 Circular 5/2012 del Banco de España). Se aplicará al contrato el Euríbor correspondiente, en función de los periodos de interés estipulados en el contrato.

En su ámbito de aplicación, es decir, los préstamos celebrados entre personas físicas y entidades de crédito o prestamistas inmobiliarios (art. 2 OEAH 2899/2011 y art. 4 LCCI), el art. 26 de la OEAH 2899/2011 establece los requisitos que deben cumplir los tipos de referencia que adopten las entidades bancarias prestamistas. Lo mismo hace, en el ámbito que le es propio, el artículo 21.2 LCCI, objeto de estudio más adelante.

Como resulta de lo expuesto, las cláusulas de tipo de interés variable no son en sí mismas abusivas. De conformidad con el art. 85.3 LGDCU, en los contratos referidos a servicios financieros, son válidas las estipulaciones por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor, cuando se encuentre adaptado a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna.

¹³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Tratado de Contratos*, Tomo IV, 2ª Ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. p. 4488.

A.4.- Incumplimiento de la devolución de capital o abono de interés.

En el supuesto de que el prestatario no devolviera el capital prestado en el momento estipulado, el prestamista podrá ejercitar la acción de cumplimiento, exigiendo, también, el pago de intereses moratorios (art. 1.108 CC). Además, el impago de alguno de los periodos de amortización del préstamo, puede facultar al prestamista para ejercitar la facultad de vencimiento anticipado del contrato.

El art. 1.129 CC regula los supuestos en que puede tener lugar el vencimiento anticipado de una obligación sujeta a plazo. Sin perjuicio de ello, las partes gozan de la libertad de pactar (art. 1.255 CC), por medio de acuerdo expreso, otros supuestos distintos, como el del impago de cuotas en préstamos de amortización periódica. Ahora bien, desde luego en el supuesto de que el prestatario tenga la condición de consumidor, la jurisprudencia únicamente admite este tipo de cláusula vinculada a incumplimientos relevantes, es decir, *cuando concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes* (STS núm. 792/2009 de 16 diciembre [RJ 2010\702])¹⁴.

a. - Interés moratorio. Anatocismo.

Además del eventual vencimiento anticipado del contrato, el incumplimiento de la obligación de restitución o la *mora debitoris* conllevan la consecuencia del devengo de intereses moratorios. El devengo de los intereses de demora comienza tras el requerimiento del acreedor o, en virtud de pacto, en el momento del incumplimiento (art. 1.100 CC). Por su parte, en el ámbito mercantil, el art. 316 CCom, prevé que el devengo comience al tiempo del incumplimiento sin necesidad de requerimiento previo.

El tipo del interés moratorio será el pactado y, en su defecto, el legal (arts. 1.108 CC y 316 CCom), si bien, como se expondrá más adelante, en este punto la legislación sobre contratos de crédito inmobiliario presenta una norma especial (art. 25 LCCI).

Por último, el devengo de intereses de demora puede dar entrada, por vía legal o convencional (SSTS de 6 de febrero de 1906 y núm. 985/1994 de 8 noviembre. [RJ

¹⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Tratado de Contratos*, Tomo IV, 2ª Ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. p. 4493.

1994\8477]), a la figura del anatocismo. Está regulado en los arts. 1.109 CC y 317 CCom, que contemplan que los intereses vencidos son susceptibles de capitalizarse (es decir, ser considerados como capital debido) y devengar nuevamente intereses (anatocismo), incluso en contratos de préstamos hipotecarios suscritos entre un empresario o profesional y un consumidor (STS núm. 578/2010 de 23 septiembre. [RJ 2010\7296])¹⁵.

4.3.- ELEMENTO REAL: HIPOTECA.

4.3.1.- Concepto y función económico-social

La naturaleza de la hipoteca ha sido históricamente debatida. Conforme a la posición mayormente asentada en la doctrina, se puede definir como un derecho real de garantía. Esta definición concuerda con la regulación del CC y de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH). El propio CC, la califica como derecho real en su art. 405, junto con la servidumbre, al igual que la LH en su art. 2. 2º, junto con aquélla, el usufructo y el uso.

En cuanto a su función de garantía, tanto el art. 1.876 CC, como el art. 104 LH, rezan: *La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida.* Estos preceptos no definen el concepto mismo de hipoteca, sino que describen cuál es su labor en el tráfico jurídico: sujetar bienes en aras a asegurar el cumplimiento de una obligación.

Esta sujeción, o afección, de la cosa hipotecada al cumplimiento de una obligación, otorga al acreedor hipotecario un poder inmediato sobre ella, con independencia de quién sea el propietario de la misma. El titular del inmueble ha de soportar la carga real, sea o no deudor, lo que asegura al acreedor hipotecario el poder de realización de la cosa en caso de incumplimiento de la obligación principal, lo cual conforma la esencia de su constitución. Todo ello justifica, verdaderamente, la naturaleza real de la hipoteca (reipersecutoriedad) ¹⁶.

4.3.2.- Origen.

¹⁵ Díez-PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, Tomo 2. Ed. Tecnos. Madrid. 2018. p. 159.

¹⁶ VALLET DE GOYTISOLLO, J. *Estudios sobre garantías reales*. Segunda edición. Ed. Montecorvo, S. A. Madrid. 1984. p. 23.

En función de su origen, las hipotecas se clasifican en voluntarias y legales. Las primeras traen causa de un contrato, el denominado contrato de hipoteca inmobiliaria, o de un acto jurídico unilateral realizado por el hipotecante y aceptado por el acreedor (art. 108 LH)¹⁷. Las segundas tienen su origen en la Ley.

En el presente trabajo únicamente se aborda el estudio de la hipoteca de origen contractual, contrato que se incluye dentro de la categoría de los negocios de garantía, caracterizados por atribuir al acreedor una medida de refuerzo dirigida a asegurar la satisfacción de su derecho, añadida a la responsabilidad universal del deudor (art. 1.911 CC).

4.3.3.- Elementos personales

Las partes del contrato de hipoteca son el acreedor, en nuestro caso, el prestamista, y el hipotecante. No forma parte del contrato el eventual adquirente de finca hipotecada, si bien ha de soportar el gravamen en que consiste la hipoteca y, en su caso, la ejecución¹⁸.

La capacidad requerida al acreedor hipotecario es la general de obrar, de modo que vale lo dicho anteriormente respecto del prestamista. El titular de la hipoteca será, necesariamente, el titular del crédito cuya satisfacción se garantiza.

Por su parte, el hipotecante ha de ser propietario de la finca que se hipoteca (art. 1.857 CC). No obstante, si quien constituye la hipoteca no es dueño en el momento de la constitución, existen posturas en favor de admitir la convalidación de la garantía en caso de adquirir el dominio con posterioridad (RDGRN 27 de abril de 2005 [2005/550]).

Puede ser o no el deudor de la obligación garantizada. En este último supuesto se denomina fiador real o hipotecante no deudor (art. 1.857 CC).

¹⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Tratado de Contratos*, Tomo IV, 2ª Ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. p. 4812.

¹⁸ GADEA, E. *La contratación bancaria*. Ed. Dykinson, S.L. Madrid. 2017. p. 1234.

En todo caso, la constitución de la hipoteca es un acto de disposición, de modo que el hipotecante ha de tener la capacidad necesaria para realizar tales actos y la facultad de disponer propia del pleno y libre dominio del bien (art. 1.857. 3 ° CC)¹⁹.

En el supuesto de hipotecante casado, si la hipoteca recae sobre la vivienda habitual de la familia, es necesario el consentimiento del cónyuge no propietario o la autorización judicial (art. 1.320 CC). Si la finca fuera común, es igualmente necesario el consentimiento de ambos cónyuges.

Si la finca es propiedad de un menor de edad, los padres precisan de autorización por parte del juzgado del domicilio, que habrá de comprobar la concurrencia de utilidad o necesidad (art. 166 CC).

El menor emancipado, como en el supuesto de tomar dinero a préstamo, necesita el consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, el del curador (art. 323 CC).

Por último, en caso de tutela, el tutor requiere autorización judicial para gravar bienes inmuebles de su pupilo, al igual que para tomar dinero a préstamo (art. 271.2º y 8º CC). Y en caso de curatela, la persona afectada precisará la intervención del curador, salvo que la sentencia de incapacitación hubiera dispuesto otra cosa (art. 290 CC).

4.3.4.- Objeto

A.- Bienes susceptibles de hipoteca.

Los arts. 1.874 CC y 106 LH, enumeran taxativamente los bienes y derechos sobre los que se puede constituir la garantía hipotecaria: los bienes inmuebles susceptibles de inscripción y los derechos reales enajenables con arreglo a las Leyes, impuestos sobre los mismos bienes. Éstos últimos, conforme al art. 334. 10º CC, son bienes inmuebles, por lo

¹⁹ GADEA, E. *La contratación bancaria*. Ed. Dykinson, S.L. Madrid. 2017. p. 1185.

que se concluye que la hipoteca, que consiste en un derecho real constituido sobre inmuebles, es también un bien inmueble²⁰¹.

Estrechamente vinculada con la fundamental cuestión de la concreción del objeto hipotecado y, por tanto, sometido a la facultad de realización forzosa, se encuentra la relativa a la extensión objetiva de la garantía.

En esta sede se habla, en principio, de una extensión natural o legal y una extensión convencional o pactada. Conforme a la primera, la hipoteca se extiende a las acciones naturales, a las mejoras y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados (arts. 109 y 110 LH). Conforme a la segunda, para que la hipoteca comprenda determinados bienes o derechos (ej. los frutos), es preciso pacto expreso o disposición legal (art. 111 LH). De ambos preceptos cabe concluir que el alcance material de la garantía depende de la voluntad de las partes²², sin olvidar que, en caso de transmisión de la finca a un adquirente que no asuma la obligación garantizada, frente a éste, la extensión de la hipoteca no podrá sobrepasar en ningún caso los límites establecidos en el artículo 112 LH.

La hipoteca acompaña al bien en todos los cambios de titularidad de que el mismo sea objeto. No limita el poder de disposición de sus propietarios, lo que conlleva una mayor eficacia y seguridad para la satisfacción del crédito del acreedor, a quien no afectan dichas transmisiones. Éste, ejerce sus facultades sobre el inmueble directamente, sin necesidad de participación del propietario del mismo, en virtud de la inmediatez característica de este tipo de garantía real.

B.- Obligaciones susceptibles de ser garantizadas.

²⁰ PEÑA BERNALDO DEL QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*. Cuarta edición. Ed. Fundacion Benficientia et Peritia Iuris. Madrid. 2001. p. 138.

²¹ Cabe la posibilidad de que, en garantía de un único crédito, se hipoteque más de una finca. En tal supuesto es necesario la distribución del gravamen, esto es, la determinación de la parte de responsabilidad que debe soportar cada uno de los bienes gravados (art. 119 LH).

²² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Tratado de Contratos*, Tomo IV, 2ª Ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. p. 4822.

De conformidad con el art. 105 LH, la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones. No obstante, en la práctica, la generalidad de las obligaciones garantizadas tienen naturaleza pecuniaria, acorde con el carácter pecuniario de la garantía que se obtiene por medio de la hipoteca²³.

En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas (art. 12 LH).

Y es que, junto con la obligación principal, la cobertura de la hipoteca puede extenderse a la obligación de pago de intereses y a la de pago de las costas y gastos originados con motivo del procedimiento de ejecución de la garantía.

De hecho, si la obligación garantizada genera intereses remuneratorios, el pago de éstos también queda asegurado por la hipoteca, salvo pacto en contrario (art. 146 LH).

Para que cubra los intereses moratorios, por el contrario, es preciso pacto expreso en este sentido. Se ha de tener en cuenta, que el apartado tercero del art. 114 LH establece una limitación para los supuestos de préstamos o créditos celebrados por una persona física garantizados por hipoteca constituida sobre un bien inmueble de uso residencial, en virtud de la cual el interés de demora será el remuneratorio más tres puntos porcentuales.

Por lo que se refiere al anatocismo, la Dirección General de Registros y Notariado ha denegado su inscripción por considerar que vulnera el principio de especialidad²⁴. De conformidad con el art. 114 LH, el interés de demora solo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá capitalizarse en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) LEC.

El ámbito de la responsabilidad hipotecaria en concepto de obligación de pago de intereses se encuentra limitada. De conformidad con el artículo 114 LH, la hipoteca no asegurará, en perjuicio de tercero, sino los intereses de los dos últimos años y la parte vencida de la anualidad corriente. La razón de ser de esta norma radica en que, en la

²³ GADEA, E.. *La contratación bancaria*. Ed. Dykinson, S.L. Madrid. 2017. p. 1193.

²⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Tratado de Contratos*, Tomo IV, 2ª Ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. p. 4829.

generalidad de los casos, el tercero ignorará el grado de cumplimiento de la obligación de pago de intereses por parte del deudor, obligación que pesa sobre el inmueble igual que la de restituir el capital²⁵.

Según el mismo precepto, en ningún caso podrá pactarse que la hipoteca garantice intereses por plazo superior a cinco años.

4.3.5.- Caracteres

La hipoteca, constituye un derecho accesorio del crédito que garantiza, lo cual les hace inseparables, si bien gozan de autonomía sustantiva; no se trata de una confusión entre el derecho de hipoteca y el de crédito²⁶. Como rasgos distintivos entre ellos, se encuentran: su contenido, sus mecanismos de protección, la forma de constitución y extinción.

Entre otros aspectos, la hipoteca es indivisible, con independencia de que se divida la deuda que garantiza o se pague parte de ella. A excepción de los casos en que el acreedor consiente su modificación, la garantía hipotecaria se mantiene sobre la totalidad del inmueble, de forma completa e idéntica (arts. 1.860 CC y 125 LH). Incluso, la hipoteca permanece intacta, pese a que el inmueble hipotecado se divida. De ahí, que la hipoteca sea *tota in toto et tota in qualibet parte* (art. 122 LH). En caso de división del inmueble, el acreedor tendrá la ventaja de poder exigir la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera, o contra todas a la vez (123 LH)²⁷.

La accesoriedad de la hipoteca deriva de la naturaleza misma de la garantía, y conlleva una serie de consecuencias, como son las siguientes:

- La existencia del derecho de hipoteca depende de la existencia de la obligación que garantiza. Si se extingue esta obligación, se extingue también la hipoteca.

²⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Tratado de Contratos*, Tomo IV, 2ª Ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. p. 4829.

²⁶ PEÑA BERNALDO DEL QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*. Cuarta edición. Ed. Fundacion Benficientia et Peritia Iuris. Madrid. 2001. p. 115.

²⁷ PEÑA BERNALDO DEL QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*. Cuarta edición. Ed. Fundacion Benficientia et Peritia Iuris. Madrid. 2001. p. 118.

- La hipoteca no puede experimentar un desarrollo autónomo e independiente del crédito garantizado. No puede desligarse de él, y pasar a garantizar otro distinto.
- Tampoco es posible la cesión o transmisión del derecho real sin la correspondiente cesión o transmisión del crédito²⁸ (arts. 1212 y 1528 CC).
- El titular del crédito lo es, también, del derecho de hipoteca.

Además, es un derecho de realización de valor. Es decir, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el acreedor hipotecario tiene la posibilidad de imponer la enajenación de la cosa gravada para satisfacer, con el precio obtenido, su crédito (art. 1.858 CC). Se trata de una facultad que le confiere el llamado *ius distrahendi adversus omnes*.

Así, se impide el conocido pacto comisorio, de modo que el acreedor hipotecario no podrá apropiarse de la cosa gravada, ni disponer de ella, en caso de incumplimiento por parte del deudor (art. 1.859 CC). La prohibición de este pacto pretende evitar abusos de los acreedores en perjuicio del deudor.

4.3.6.- Forma e inscripción registral.

Como excepción al principio de libertad de forma vigente en nuestro ordenamiento, la constitución del derecho de hipoteca requiere que se extienda en escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad, como indican los arts. 1.875 CC y 145 LH. Es un requisito esencial para que se pueda hacer valer este derecho frente a terceros, junto con los demás que figuran en el art. 1.857 CC.

De esta manera, la inscripción de la hipoteca en el Registro es constitutiva. Supone una publicidad que beneficia tanto al acreedor hipotecario, ya que otorga una mayor seguridad al crédito que garantiza la hipoteca, como a los terceros poseedores que adquieran el bien gravado, debido a que, así, conocen perfectamente la existencia y características de la carga con la que reciben el inmueble y que deberán soportar. Ello evita las llamadas hipotecas ocultas o desconocidas.

²⁸ DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*. Volumen III, tomo 2. Ed. Tecnos. Madrid. 2018. p. 148.

A su vez, la inscripción sustituye el desplazamiento posesorio típico de otros derechos reales de garantía. La constitución de la hipoteca, no implica el desplazamiento de la cosa gravada en favor del titular de la garantía. El titular del inmueble hipotecado es quien lo posee, no el acreedor hipotecario.

En el supuesto de que coexistan distintas hipotecas sobre una misma finca, la jerarquía entre las mismas se rige por el principio registral *prior tempore potior iure*, en atención a la fecha de inscripción registral (arts. 24 y 25 LH). La prioridad viene determinada por la fecha de la inscripción, y no por la del otorgamiento de la escritura, precisamente, por el carácter constitutivo de la inscripción registral. El puesto que ocupa cada hipoteca concurrente se denomina rango.

Distinto del rango, es la preferencia que el acreedor hipotecario tiene para satisfacer su crédito mediante la realización de la garantía, frente a los restantes acreedores del hipotecante, a excepción del Estado, por el importe de la última anualidad, vencida y no pagada, de los impuestos que graviten sobre el inmueble hipotecado, y los créditos de los aseguradores, sobre los bienes asegurados, por los premios del seguro de dos años; y, si fuere el seguro mutuo, por los dos últimos dividendos que se hubiesen repartido (arts. 1923 y 1927 CC).

Tanto la posesión para la prenda, como la inscripción para la hipoteca, conforman dos circunstancias preceptivas para que los créditos que garantizan las respectivas figuras puedan gozar de prioridad en el orden que preceptúa el CC²⁹.

4.3.7.- Derechos y obligaciones de las partes

A.- Acreedor hipotecario

La ausencia de desplazamiento posesorio en la hipoteca conlleva el riesgo de que la finca pierda valor como consecuencia de una conducta perjudicial del dueño.

²⁹VALLET DE GOYTISOLLO, J. *Estudios sobre garantías reales*. Segunda edición. Ed. Montecorvo, S. A. Madrid. 1984. p. 35.

En respuesta a ese riesgo, el acreedor hipotecario goza de la acción de devastación. En su virtud, si la finca hipotecada se deteriora, disminuyendo su valor, interviniendo dolo o culpa del dueño, puede solicitar del juzgado que ordene a éste hacer lo que proceda para evitar o subsanar el daño, y, en caso de insistir el propietario en su conducta, imponerle la administración judicial del inmueble (art. 117 LH).

La anterior facultad es instrumental del principal derecho del acreedor hipotecario: la realización del valor de la finca gravada para, con su resultado, satisfacer su derecho de crédito (arts. 1.858 y 1.859 CC).

Ahora bien, como se indicaba al principio, la hipoteca es un medio de refuerzo, añadido a la responsabilidad patrimonial universal (art. 105 LH y 1.911 CC).

La acción de que dispone el acreedor hipotecario para la ejecución de la garantía se denomina tradicionalmente acción real hipotecaria³⁰, que puede ser ejercitada a través de distintos procedimientos (art. 129 LH).

B.- Hipotecante

Como resulta de lo expuesto, el hipotecante conserva la posesión del objeto gravado. La posesión conlleva la obligación de conservación de la finca hipotecada.

Además de la posesión, mantiene el *ius disponendi* sobre la finca, pudiendo hipotecarla dos o más veces o transmitirla a un tercero, en cuyo caso entra en escena la figura del tercer poseedor de finca hipotecada.

4.4.- PRÉSTAMO HIPOTECARIO Y CRÉDITO INMOBILIARIO

4.4.1.- Finalidad y ámbito de aplicación de la Ley 5/2019.

A.- Finalidad y ámbito objetivo

³⁰ DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*. Volumen III, tomo 2. Ed. Tecnos. Madrid. 2018. p. 183.

El propósito primordial de la LCCI es proteger a las personas físicas que actúen como prestatarias, fiadores o garantes, en los préstamos, comprendidos dentro de su ámbito objetivo de aplicación, que concierten con prestamistas inmobiliarios (art. 1 LCCI).

Define el contrato de préstamo como aquél *mediante el cual un prestamista concede o se compromete a conceder un préstamo a un prestatario incluido en el ámbito de aplicación del artículo 2, en forma de pago aplazado, crédito u otra facilidad de pago similar* [art. 4.3) LCCI].

Distingue dos tipos de préstamos:

- en primer lugar, aquellos garantizados por medio de hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial, es decir, caracterizados por el tipo de garantía empleada y por la naturaleza del bien sobre el que ésta recae. En este caso, la naturaleza de la garantía prima sobre la finalidad del préstamo³¹. Para definir un lugar de uso residencial, cabe citar la STS núm. 1448/2005 de 18 noviembre. [RJ 2005\10063], en la que el Tribunal entiende como lugar de uso residencial *cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar, o lo que es lo mismo, que sirva de habitación o morada a quien en él vive*;
- en segundo lugar, aquellos contratados con la finalidad de adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles contruidos o por construir. En este otro caso, les distingue el propósito a que se destinará el capital prestado (art. 2.1 LCCI); prima la finalidad del préstamo.

B.- Ámbito subjetivo

B.1.- El prestamista inmobiliario

En todo caso, la posición de prestamista debe ser ocupada por un prestamista inmobiliario, es decir, una persona física o jurídica que se dedique de manera profesional a la concesión de préstamos como los antes señalados, lo que incluye a aquéllas que

³¹ ADAN DOMENECH, F., *El fin de las cláusulas abusivas hipotecarias en la Ley de crédito hipotecario y en la jurisprudencia del TS y del TJUE*. Primera Edición. Ed. Bosh Editor. Barcelona. 2020. p. 30.

intervengan en el mercado de servicios financieros de forma ocasional, pero con una finalidad exclusivamente inversora [arts. 2.1 y 4.2) LCCI].

En la mayoría de las ocasiones, la posición de prestamista será ocupada por una entidad de crédito.

Para definir este tipo de entidades, el art. 4. 9) LCCI, remite al art. 4.1.1º del Reglamento (UE) n° 575/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012. Éste las define como: *una empresa cuya actividad consista en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia.*

El sistema financiero de una economía de mercado, como la que existe en España (art. 38 CE), tiene como principales funciones las siguientes: garantizar una asignación eficaz de los recursos financieros del país y contribuir a la estabilidad y desarrollo de la política monetaria y financiera. Su labor consiste, en definitiva, en captar el excedente de los ahorradores (unidades económicas con superávit) y canalizarlo hacia los acreditados (unidades económicas con déficit)³². Es una pieza esencial para el desarrollo de la economía de un país, dado que conforma su principal garantía de financiación.

Dentro de él, se distinguen tres mercados: el del crédito, el de los valores y el del riesgo. Es en el crediticio donde desempeñan su actividad los prestamistas objeto de análisis, que constituyen el principal conjunto institucional de nuestro sistema financiero.

En nuestro ordenamiento jurídico, su régimen está recogido, principalmente, en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, desarrollada por el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero. Esta ley transpone la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y se adapta al Reglamento (UE) n ° 575/2013 del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión.

³² CALVO BERNARDINO, A., PALOMO ZURDO, R. J., GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ M., “El panorama actual del sistema financiero español”, en *Los Mercados Financieros*. CAMPUZANO, ANA BELÉN; CONLLEDO LANTERO, FERNANDO; PALOMO ZURDO, RICARDO J. (dirs.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013. p. 28.

Así, atendiendo al Preámbulo de la Ley, su objetivo es regular: *los aspectos generales del régimen jurídico de acceso a la condición de entidad de crédito, el funcionamiento de sus órganos de gobierno y los instrumentos supervisores y sancionadores a emplear por las autoridades, en aras de garantizar la plena eficacia de la normativa. El Reglamento de la Unión Europea, por su parte, establece las obligaciones fundamentales de los requisitos de capital y solvencia y adecuada gestión de riesgos de las entidades.*

El art. 1 de la Ley, de acuerdo con el Reglamento (UE) n° 575/2013, define entidad de crédito como aquella autorizada *cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia*. La especificidad como actividad financiera consiste, justamente, en la intermediación en el crédito: mediante las llamadas operaciones pasivas (por ej., contratos de depósito), obtiene recursos que coloca o presta por medio de operaciones llamadas activas (por ej., préstamos). Transforma los recursos financieros, adecuando los recibidos a las necesidades de su clientela³³.

El mismo precepto, señala que tienen esta consideración: los bancos, las cajas de ahorros, las cooperativas de crédito y el Instituto de Crédito Oficial. Las tres primeras son de naturaleza privada, mientras que el Instituto de Crédito Oficial (ICO) es una entidad pública empresarial que tiene la consideración de Agencia Financiera del Estado, con personalidad jurídica, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión. No realiza actividad crediticia propiamente dicha, pero se le aplica en parte las disposiciones de la Ley.

A la luz de su art. 3, únicamente las entidades enumeradas serán susceptibles de recibir autorización administrativa para poder actuar como entidades de crédito, lo cual aclara las dudas acerca de si el art. 1 refleja una lista abierta o un *numerus clausus* de este tipo de entidades³⁴.

³³ CORTÉS, L. J., “Contratos y mercados financieros”, en *Lecciones de Derecho Mercantil*, II. MENÉNDEZ, A./ROJO, A. (dirs.). Ed. Civitas, Pamplona. 2019. p. 210.

³⁴ VERCHER MOLL, J., *La ordenación mercantil de las entidades de crédito*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 2019. p. 135.

En primer lugar, las cajas de ahorros tienen naturaleza fundacional, por lo que no hay propietarios identificables que las gestionen, y no persiguen un fin lucrativo, sino benéfico-social.

Su reestructuración, a raíz de la crisis del año 2007, ha provocado la adopción de un modelo indirecto de actividad de crédito, debido al hecho de que las cajas de ahorros, al no ser sociedades anónimas, encontraban muchos problemas para capitalizarse. De ahí, que se haya producido un fenómeno de bancarización de la mayoría de las cajas de ahorro.

A través de la figura jurídica del ejercicio indirecto de la actividad financiera, las Cajas de Ahorros pueden segregar su actividad crediticia en una entidad bancaria creada y controlada por las mismas, aunque la Caja mantiene la actividad no financiera, esencialmente sus actividades fundacionales de promoción de la obra social. Estos cambios se consolidaron con la promulgación de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias. En la actualidad, únicamente subsisten Caixa Ontinyent y Caixa Pollença como cajas que desarrollan directamente la actividad de intermediación crediticia³⁵.

En segundo lugar, las cooperativas de crédito están reguladas por la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de cooperativas de crédito, y son aquellas sociedades creadas conforme a dicha norma y que desempeñan las funciones de las entidades de crédito, pero con atención preferente a las necesidades financieras de sus socios³⁶.

Pese a que el art. 1 de la Ley haga referencia a que su objeto social es servir tanto a los intereses de los socios como a los de terceros, a lo largo de la regulación se plasma la citada preferencia. Entre otras cosas, como indica su art. 4.2, el volumen de las operaciones que realicen con terceros ajenos a la cooperativa, no puede superar el 50% de los recursos totales de la entidad.

Su número de socios es ilimitado, y cada uno asume una responsabilidad por deudas sociales limitada por el valor de sus aportaciones (art. 1 Ley 13/1989).

En tercer lugar, las entidades que tienen mayor protagonismo en los contratos de crédito inmobiliario son los bancos.

³⁵ LARA ORTIZ, M. L., *De las Cajas de Ahorros a las Fundaciones Bancarias*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 2020. p. 64.

³⁶ CORTÉS, L. J., “Contratos y mercados financieros”, en *Lecciones de Derecho Mercantil*, II. MENÉNDEZ, A./ROJO, A. (dirs.). Ed. Civitas, Pamplona. 2019. p. 213.

El art. 4 del Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, que desarrolla la Ley 10/2014, establece que, para ejercer la actividad crediticia, los bancos revestirán necesariamente la forma de sociedad anónima³⁷ (de ahí que la Ley de Sociedades de Capital sea supletoria a la de las entidades de crédito). Las particularidades de esta actividad y sus conexiones con intereses generales determinan que la sociedad anónima bancaria sea anónima especial.

Por todo ello, su constitución requiere una específica autorización administrativa, y la legislación vigente impone particulares requisitos que la diferencian de la sociedad anónima general regulada por la Ley de sociedades de capital³⁸ (tener un capital social inicial no inferior a 18 millones de euros, desembolsado íntegramente en efectivo y representado por acciones nominativas; limitar estatutariamente el objeto social a las actividades propias de una entidad de crédito; que los accionistas titulares de participaciones significativas sean considerados idóneos; no reservar a los fundadores ventaja o remuneración especial alguna, entre otras ³⁹).

El régimen jurídico de las entidades de crédito no solo se centra en los intereses privados, sino que, también, protege los intereses generales procurando la correcta realización de la actividad que les es propia, dada la gran influencia de éstas sobre el sistema financiero.

Debido a la trascendencia de la actividad económica que conforma el objeto social de estas entidades, las mismas están sometidas al control de la Administración Pública. El órgano de control y supervisión en el sector del crédito en España es el Banco de España.

Se trata de una entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con independencia de la Administración

³⁷ VERCHER MOLL, J., *La ordenación mercantil de las entidades de crédito*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 2019. p. 38.

³⁸ CORTÉS, L. J., “Contratos y mercados financieros”, en *Lecciones de Derecho Mercantil*, II. MENÉNDEZ, A./ROJO, A. (dirs.). Ed. Civitas, Pamplona. 2019. p. 211.

³⁹ VERCHER MOLL, J., *La ordenación mercantil de las entidades de crédito*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 2019. p. 55.

General del Estado. Las actuales modificaciones de la regulación de las entidades de crédito, entrañan un mayor control de supervisión por parte del Banco de España⁴⁰.

Pese a que la competencia exclusiva para otorgar la autorización administrativa citada, que permite a estas entidades desarrollar la actividad crediticia, está reservada al Banco Central Europeo, la solicitud para ello se presentará ante el Banco de España, quien elevará la propuesta de autorización al Banco europeo (art. 3 RD 84/2015)⁴¹.

Una vez autorizada, la entidad deberá constituirse e inscribirse, tanto en el Registro Mercantil, como en el Registro de Entidades, el cual ostenta funciones estrictamente de control y supervisión, cuya llevanza corresponde al Banco de España⁴². Tras ello, comienza un período variable conocido como período de tutela, en que se extremen las precauciones en la fase inicial de vida de la entidad (art. 8 RD 84/2015).

Las entidades de crédito están sujetas a unos requisitos de solvencia, que les obligan a mantener un adecuado nivel de liquidez para el correcto desempeño de su actividad económica. Entre otras exigencias, han de elaborar un Plan General de Viabilidad que contemple las medidas que se vayan a adoptar para restaurar su solidez financiera en caso de que sufran algún deterioro significativo.

Además, están obligadas a informar periódicamente al Banco de España y al Banco Central Europeo de su situación económica, así como del cumplimiento de las obligaciones normativas.

B.2.-El prestatario

La Ley exige que el prestatario, fiador o garante, sea una persona física. Además, en el contrato de préstamo concedido con la finalidad de adquirir o conservar derechos de propiedad sobre inmuebles o terrenos construidos o por construir, ha de ostentar la condición de consumidor (art. 2.1 LCCI).

La LCCI no contiene una definición propia de consumidor, por lo que habría que acudir a la LGDCU, que lo define en su art. 3.1 como: *las personas físicas que actúen*

⁴⁰ VERCHER MOLL, J., *La ordenación mercantil de las entidades de crédito*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 2019. p. 27.

⁴¹ VERCHER MOLL, J., *La ordenación mercantil de las entidades de crédito*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 2019. p. 53.

⁴² CORTÉS, L. J., “Contratos y mercados financieros”, en *Lecciones de Derecho Mercantil*, II. MENÉNDEZ, A./ROJO, A. (dirs.). Ed. Civitas, Pamplona. 2019. p. 216.

con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. En su segundo apartado, amplía el concepto de consumidor a *las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial* (SJPI n.º 4 de Alcobendas núm. 102/2019, de 13 de mayo). Sin embargo, las personas jurídicas no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la LCCI, aunque ostenten la condición de consumidores conforme a la LCGC, dado que se trata de una norma protectora de los prestatarios personas físicas (arts. 1 y 2 LCCI)⁴³.

La exclusión que realiza la LCCI de su ámbito subjetivo de aplicación a las personas jurídicas que ostentan la condición de consumidor es, quizá, desproporcionada. En ocasiones, las personas jurídicas que actúen en un ámbito ajeno a su actividad económica y sin ánimo de lucro, ocuparán la misma posición de vulnerabilidad que un prestatario persona física y consumidor, sobre todo si se trata de entidades pequeñas. Por esta razón, deberían gozar de una protección, si no idéntica, muy similar.

En todo caso, la inclusión de las personas jurídicas consumidoras dentro del ámbito subjetivo de la Ley no acabaría con la problemática en torno a la debida protección de las sociedades titulares de pequeñas empresas, en la medida que, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con base en el artículo 3 LGDCU, considera que el fin de lucro es inherente a las sociedades mercantiles, lo que excluye su condición de consumidor [SSTS 26/2020, de 20 de enero; 518/2019, de 4 de octubre; 307/2019, de 3 de junio; 728/2018, de 20 de diciembre: *Respecto de la sociedad, el ordenamiento jurídico español, a diferencia de las Directivas comunitarias en materia de consumo que únicamente reconocen la condición de consumidores a las personas físicas, permite que una persona jurídica pueda ser consumidora, pero siempre que no tenga ánimo de lucro (art. 3 TRLGCU). Y una sociedad de responsabilidad limitada, cualquiera que sea su objeto social, tiene per se ánimo de lucro (art. 116 CCom y 1 de la Ley de Sociedades de Capital).*; 24 de mayo de 2018 (EDJ 2018/80885): *En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que sólo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica, pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos. Es decir, se introduce un requisito negativo únicamente respecto*

⁴³ ADAN DOMENECH, F., *El fin de las cláusulas abusivas hipotecarias en la Ley de crédito hipotecario y en la jurisprudencia del TS y del TJUE*. Primera Edición. Ed. Bosh Editor. Barcelona. 2020. p. 38.

de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro].

Indirectamente, la Ley requiere que el prestatario sea potencialmente solvente, es decir, capaz de cumplir las obligaciones contraídas en virtud del contrato tal y como han sido definidas en el mismo, puesto que, de otro modo, el prestamista inmobiliario no deberá conceder el préstamo (art. 11.1 y 5 LCCI).

4.4.2.- Principales particularidades del régimen jurídico de los préstamos sujetos a la LCCI

A.- Forma y contenido.

Los contratos regulados por la LCCI han de ser formalizados, con carácter general, en papel u otro soporte duradero (art. 22 LCCI). Como excepción, en caso de que estén garantizados mediante hipoteca que sujete un inmueble de uso residencial situado en territorio nacional, han de extenderse en escritura pública.

En ambos casos, la forma tiene finalidad tuitiva y probatoria, no *ad solemnitatem*.

Los documentos contractuales, además de los elementos esenciales del contrato, habrán de recoger los datos y los elementos que se determinen por el Gobierno mediante real decreto (art. 22.1 LCCI).

B.- El tipo de interés.

En primer lugar, una vez perfeccionado el contrato, se haya estipulado un tipo de interés fijo o variable, el prestamista no podrá modificarlo unilateralmente en perjuicio del prestatario, salvo acuerdo por escrito (art. 21.1. LCCI).

Dicho acuerdo no es libre. Solo será válido si la variación del coste se ajusta, al alza o a la baja, a un índice de referencia objetivo.

Esta norma se entiende, naturalmente, sin perjuicio de la facultad del prestamista de modificar el tipo de interés, cuando se encuentre adaptado a un índice, siempre que se trate de índices legales, y la modificación se ajuste al modo de variación descrito en la correspondiente cláusula (arts. 21.1 LCCI y 85.3 LGDCU).

Por otro lado, en coherencia con lo expuesto, la estipulación de un tipo de interés de carácter variable queda supeditada a la utilización de un índice o tipo de referencia objetivo para calcular el tipo aplicable, que reúna los tres requisitos siguientes: ser claro, accesible, objetivo y verificable, tanto por las partes como por las autoridades competentes; debe calcularse a coste de mercado y no puede ser susceptible de influencia por el prestamista; los datos que le sirvan de base han de proceder de un procedimiento matemático objetivo (art. 21.2 LCCI).

Por último, la LCCI prohíbe, en las operaciones con tipo de interés variable, establecer límites a la baja de este tipo de interés; es decir, se prohíben las cláusulas suelo (art. 21.3 LCCI). Esta prohibición no concuerda con la redacción del art. 14 LCCI, dado que en su apartado 1, letra b), indica que el prestamista ha de apercibir al prestatario de la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable. Como señala la doctrina, esta última exigencia debía de haber desaparecido de la Ley⁴⁴.

C.- El reembolso anticipado.

El art. 23 LCCI reconoce al prestatario el derecho al reembolso anticipado. Pese a que las partes acuerden una duración determinada del contrato de préstamo, el prestatario puede reembolsar de forma anticipada todo o parte de la cantidad adeudada.

A fin de que el acreditado adopte la decisión debidamente informado, cuando manifieste al prestamista su voluntad de ejercer la facultad de reembolso anticipado, éste le remitirá, en un plazo máximo de tres días, toda la información necesaria para que pueda evaluar esta opción.

El reembolso anticipado otorga al prestatario el derecho a una reducción del coste total del préstamo, que comprenda tanto los intereses como los costes, correspondientes al periodo de tiempo que quedara por transcurrir hasta la extinción del contrato. El prestamista habrá de informar al prestatario acerca de todos estos derechos en la documentación precontractual y contractual (art. 23.3 LCCI).

La reducción del coste total del préstamo inherente al reembolso anticipado conlleva que el prestamista pierda el derecho al cobro de costes e intereses que, en principio, le correspondían. Por esta razón, en determinados casos, se puede acordar una

⁴⁴ MARÍN LÓPEZ, M.J., “El control de la transparencia material”, en *Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario*, CARRASCO PERERA, A. (dir.). Primera edición. Aranzadi. Pamplona. 2019. p. 270.

compensación a su favor, que no podrá exceder del importe de la pérdida financiera que pudiera sufrir.

Los límites de la compensación dependerán de las diferentes situaciones que se puedan dar:

a) En el supuesto de un préstamo a tipo de interés variable o en los tramos variables de cualquier otro préstamo, las partes pueden pactar una de las dos compensaciones siguientes, excluyentes entre sí:

- Si el reembolso se produce durante los 5 primeros años de vigencia del contrato, una compensación no superior al 0,15% del capital reembolsado.
- Si tiene lugar durante los 3 primeros años de vigencia, una compensación no superior al 0,25% del capital reembolsado.

b) En caso de novación del tipo de interés aplicable o subrogación de un tercero en los derechos del acreedor, que conlleven la aplicación de un tipo de interés fijo en sustitución de otro variable, la compensación al prestamista tendrá como límite el 0,15% del capital, siempre que el reembolso tenga lugar dentro de los 3 primeros años de vigencia del contrato. Una vez transcurrido dicho plazo, el prestamista no podrá exigir compensación en estos supuestos.

c) En la hipótesis de préstamo a tipo fijo o tramo fijo de cualquier otro préstamo podrá pactarse una compensación con los siguientes límites:

- Si el reembolso se produce durante los 10 primeros años de vigencia del contrato, el límite será del 2% del capital reembolsado anticipadamente.
- Si se produce después, el límite será del 1,5% del capital reembolsado.

A diferencia de lo previsto para el supuesto de préstamo a tipo variable, en este último caso pueden incluirse en el contrato ambas cláusulas; no siendo excluyentes entre sí.

D.- El vencimiento anticipado.

El art. 24 LCCI establece el régimen del vencimiento anticipado. Se trata de una de las cláusulas en los contratos de crédito hipotecario que ha generado mayor litigiosidad.

En su virtud, el prestamista queda facultado para finalizar el contrato de forma anticipada y, por consiguiente, exigir la devolución de todo lo prestado. El prestatario ya no gozaría del plazo pactado a tal fin.

Antes de su promulgación, muchos de los préstamos hipotecarios ejecutados en España en los últimos años, habían sido celebrados con anterioridad al año 2013, momento en que el art. 693.2 LEC permitía a los prestamistas el vencimiento anticipado por la falta de pago de alguno de los plazos.

A raíz de la STJUE de 14 de marzo de 2013, C-415/11 (Asunto *Aziz*), donde el Tribunal europeo estableció que la cláusula de vencimiento anticipado no sería abusiva en caso de que tal facultad estuviera prevista *para los casos en que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo*⁴⁵, el art. 693.2 LEC fue modificado a través de la Ley 1/2013. Entonces, el vencimiento anticipado podía operar en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos.

Sin embargo, la reforma no consiguió el cese de la incorporación de cláusulas de vencimiento anticipado abusivas en los contratos de préstamo, aunque, en la práctica, las entidades financieras respetaran la nueva regulación y esperaran a los tres plazos referenciados.

Resulta llamativo que no haya precepto alguno en la Directiva 2014/17/UE que regule el vencimiento anticipado en los contratos de préstamo incluidos dentro de su ámbito de aplicación⁴⁶. No obstante, se puede percibir la preocupación del legislador europeo por las consecuencias de la ejecución hipotecaria en su art. 28.1, donde apela a una *tolerancia razonable* por parte de los prestamistas, antes de iniciar un procedimiento de ejecución. Ello es traspuesto por medio de la reforma operada por el art. 24 LCCI en 2019. Se trata de un precepto sumamente protector, por encima de otras normas de Derecho comparado.

Antes de analizar el régimen instaurado por este precepto, se ha de señalar que su ámbito de aplicación parece específico, distinto del general de la Ley establecido en el ya citado art. 2. Y ello, por dos razones: primera, en el plano subjetivo, extiende su

⁴⁵ MARTÍN FABA, J.M., “Nuevo régimen de vencimiento anticipado”, en *Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario*. Primera Edición. Ed. Aranzadi. Pamplona. 2019. p. 566.

⁴⁶ MARTÍN FABA, J.M., “Nuevo régimen de vencimiento anticipado”, en *Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario*. Primera Edición. Ed. Aranzadi. Pamplona. 2019. Pp. 561-562.

protección a toda persona física, tenga o no la condición de consumidor, cualquiera que sea el tipo de préstamo que el precepto contempla; segunda, en el plano objetivo, literalmente exige, para el supuesto de préstamo cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles contruidos o por construir, que el uso a que se destine la construcción sea residencial, exigencia no prevista en el artículo 2.1-b).

La LCCI indica que el prestatario sólo perderá el derecho al plazo si concurren tres requisitos: se encuentre en mora, haya sido requerido de pago por el prestamista y la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan, al menos: al 3% de la cuantía del capital concedido, (que puede equivaler al impago de doce mensualidades) si la mora se produce durante la primera mitad de la duración del préstamo; al 7% del capital prestado, si la mora se produce en la segunda mitad (que puede corresponderse al impago de quince mensualidades).

E.- Intereses moratorios.

La LCCI recoge, con carácter imperativo, unas reglas especiales sobre el interés de demora aplicables al primer tipo de contratos regulados por la Ley, es decir, aquellos contratos de préstamo garantizados con hipoteca sobre un inmueble de uso residencial [arts. 25 y 2.1.a) LCCI].

El interés de demora será igual al interés remuneratorio más tres puntos porcentuales, a lo largo del periodo en que resulte exigible, a diferencia del régimen general contenido en el artículo 1.108 del Código Civil.

Por otra parte, el precepto prohíbe el anatocismo, dado que solo se podrán devengar sobre el principal vencido y pendiente de pago, y no podrán ser capitalizados, salvo en el siguiente supuesto: ejecución hipotecaria de la vivienda habitual del deudor, cuyo remate resulte insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, en cuyo caso la deuda, por todos los conceptos, incluido intereses, se incrementará en el interés legal del dinero [art. 579.2-a) LEC].

5.- LA PROTECCIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO PERSONA FÍSICA Y CONSUMIDOR FINANCIERO.

5.1.- EL DEUDOR HIPOTECARIO PERSONA FÍSICA Y CONSUMIDOR FINANCIERO.

Nuestro ordenamiento no contiene una definición de servicios financieros ⁴⁷, pero sí dos enumeraciones de aquéllos que integran tal concepto, aunque, ciertamente, ambas con alcance limitado.

Así, la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros, en su art. 4.2, establece que se entenderán por servicios financieros los servicios bancarios, de crédito o de pago, los servicios de inversión, las operaciones de seguros privados, los planes de pensiones y la actividad de mediación de seguros.

Por su parte, el art. 59 bis LGDCU, en su apartado 1.g), incluye dentro del concepto de servicio financiero todo servicio en el ámbito bancario, de crédito, de seguros, de pensión privada, de inversión o de pago.

En cuanto a los productos financieros, que constituyen el objeto de la prestación de los servicios financieros, tampoco existe una definición legal, lo que no ha impedido a la doctrina incluir dentro de tal concepto al dinero, los valores y los demás instrumentos financieros.

De otro lado, la definición de consumidor contenida en el art. 3 LGDCU no coincide, a excepción del supuesto representado por la Ley 2/2009 (por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito), con los sujetos destinatarios de la protección de las distintas normas sectoriales. En unas ocasiones por defecto, por cuanto el beneficiario de la protección es el cliente (p. ej. art. 5 Ley 10/2014) o la persona física [art. 2.1-a) LCCI], conceptos distintos y más amplios que el de consumidor. Y en otras por exceso, puesto que el beneficiario de la protección es únicamente la persona física que reúna la condición de consumidor [p. ej. art. 2.1-b)

⁴⁷ ZUNZUNEGUI, F., “Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos”. *Revista de Derecho del Mercado Financiero*. 2013. p. 2.

LCCI], ya que, en nuestro ordenamiento interno, también las personas jurídicas pueden actuar como consumidores.

Sin perjuicio de lo anterior, existe cierta tendencia a limitar la protección del cliente financiero a las personas físicas que actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional [p. ej. art. 2.1-b) LCCI], en definitiva, al consumidor financiero.

En el presente trabajo me centraré en el estudio de la tutela del prestatario hipotecario como persona física y consumidor financiero⁴⁸, dejando al margen el análisis de la normativa sobre protección del deudor hipotecario sin recursos o en situación de especial vulnerabilidad, que ha conocido un nuevo impulso como consecuencia del impacto social y económico del COVID-19, y a la que me he referido brevemente en el epígrafe relativo a la normativa.

5.2.- LA PLURIPROTECCIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO.

Puede decirse, en un triple sentido, que la protección de que goza el prestatario hipotecario es plural.

En primer lugar, por la diversidad de fuentes normativas que dispensan tal protección. Desde las normas generales dirigidas a la defensa de los consumidores y usuarios y la regulación de las condiciones generales de la contratación, a las normas sectoriales, específicas del ámbito bancario o de la actividad profesional de la concesión de préstamos, entre las que destaca la LCCI.

En segundo lugar, por la diversidad de contenido. Desde los deberes de información en la publicidad o la fase precontractual, al control de contenido, abusividad, de las cláusulas no negociadas integrantes de los contratos de adhesión típicos en este ámbito.

Por último, por la diversidad de medios. Desde la protección normativa, hasta los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos, pasando por la protección administrativa.

⁴⁸ Dado que, los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria están excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, el hecho de centrar el objeto de estudio en la protección del prestatario hipotecario, conlleva dejar fuera del análisis la indicada Ley 16/2011.

5.3.- LA PROTECCIÓN NORMATIVA.

5.3.1.- La protección normativa general.

A.- Derechos del deudor hipotecario consumidor.

Como ha señalado el Tribunal Supremo, la existencia de una normativa bancaria de transparencia y protección de los consumidores, no obsta a la aplicación de la legislación general de la materia, a cuyo fin es necesaria la debida coordinación entre el Derecho de consumo y la regulación sectorial financiera⁴⁹. A este respecto, el art. 59 LGDCU dispone que la normativa tuitiva contenida en dicha Ley cede ante la regulación sectorial respecto de aquellos aspectos expresamente previstos en las disposiciones del Derecho de la Unión Europea de la que traiga causa. Ahora bien, dicha regulación sectorial ha de respetar el nivel de protección de la LGDCU, que, no obstante, podrá ser incrementado, siempre dentro del respeto a la legislación comunitaria (art. 59 LGDCU).

Ciertamente, en lo que se refiere a los derechos del prestatario hipotecario consumidor, la normativa general ha sido superada en muchos casos por la regulación sectorial.

En todo caso, la protección dispensada por la LGDCU presupone la intervención de un empresario en la posición de prestamista (arts. 4 y 59.1 LGDCU). Este requisito, sin duda, se cumplirá en el ámbito de los servicios bancarios de crédito, que comprende la concesión de préstamos hipotecarios.

Únicamente existe un supuesto en el que resulta controvertida la condición de empresario, tal y como es definido en el art. 4 LGDCU, del prestamista: aquél en el que el prestamista es una persona que interviene en el mercado de servicios financieros de forma ocasional, aunque con una finalidad inversora (art. 2.1 LCCI). En favor de considerar a tal prestamista como empresario, cabe señalar que de forma expresa la LCCI incluye en el concepto de profesionalidad la finalidad inversora ocasional. En contra, puede argüirse que la ocasionalidad se opone a la definición de empresario contenida en el art. 2. c) de la Directiva 93/13/CEE.

⁴⁹ ZUNZUNEGUI, F., “Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos”. *Revista de Derecho del Mercado Financiero*. 2013. p. 4.

Dada su condición de norma general, la LGDCU enumera los derechos básicos de los consumidores y usuarios, entre los que se encuentran: la protección de sus legítimos intereses económicos, en particular frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos; la información correcta sobre los servicios que contratan; la audiencia en consulta, si lo necesitan, y la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan, y la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces (art. 8 LGDCU). La renuncia previa a estos derechos es nula de pleno derecho (art. 10 LGDCU).

A su vez, la Ley impone a los poderes públicos la obligación de asegurarse de que los consumidores y usuarios dispongan de información precisa y comprensible, en todo momento, para que puedan ejercitar sus derechos de manera eficaz y realizar una contratación adecuada respecto de los servicios que se encuentran a su disposición en el mercado (art. 17 LGDCU).

Este precepto, es una reiteración del art. 51 de la Constitución Española, según el cual los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, *protegiendo los legítimos intereses económicos de los mismos*, promoviendo su *información y educación*⁵⁰.

Una concreción de todo ello, es la obligación de los empresarios de presentar los servicios que ofertan de tal manera que no induzcan a error al consumidor (art. 18 LGDCU).

Ya en sede de contratos, la LGDCU impone al empresario la obligación de facilitar detallada información precontractual (art. 60 LGDCU), exigir que conste de manera inequívoca la voluntad de contratar del consumidor (art. 62 LGDCU), y demandar la confirmación documental del contrato (art. 63 LGDCU), requisitos superados por la normativa sectorial.

Además, la LGDCU contiene dos normas que, sin embargo, no aparecen en la legislación sectorial: primera, el contenido de la oferta, la promoción o publicidad, las

⁵⁰ ZUNZUNEGUI, F., “Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos”. *Revista de Derecho del Mercado Financiero*. 2013. p. 3.

prestaciones propias de cada servicio, las condiciones jurídicas y económicas ofrecidas, serán exigibles por el consumidor, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado, prevaleciendo, no obstante, las condiciones más beneficiosas para el consumidor que el contrato pudiera contener (art. 61 LGDCU); segunda, los contratos se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en el supuesto de omisión de información precontractual relevante (art. 65 LGDCU).

B.- El control de las cláusulas no negociadas individualmente y las condiciones generales de la contratación.

En la generalidad de los casos, como ya se ha indicado, el contrato de préstamo hipotecario vendrá integrado por cláusulas no negociadas individualmente (art. 80 LGDCU) que, a su vez, presenten la naturaleza de condiciones generales de la contratación (art. 1 LCGC). De hecho, la jurisprudencia sobre la materia se ha desarrollado, en parte, al hilo de la resolución de procesos que versaban sobre cláusulas/condiciones incluidas en préstamos hipotecarios.

Las condiciones generales de la contratación vienen definidas en el art. 1 LCGC, del siguiente modo: *las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.*

Como señala la STS núm. 241/2013 de 9 mayo. [RJ 2013\3088]: *La exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:*

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

Las cláusulas no negociadas individualmente carecen de definición legal, pero del artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, del párrafo quinto de la Exposición de Motivos de la LCGC y del artículo 80 de la LGDCU se puede concluir que, el rasgo diferenciador principal frente a las condiciones generales de la contratación, radica en que las cláusulas no negociadas individualmente pueden estar destinadas a integrar una pluralidad de contratos o un solo contrato particular; la generalidad no es *conditio sine que non*. Lo relevante es que la cláusula no sea fruto del consenso alcanzado tras una fase de tratos previos; que el consumidor no haya podido influir en su contenido (*se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente «cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión»* STS núm. 669/2017 de 14 diciembre. [RJ 2017\5167]).

En todo caso, mayoritariamente las cláusulas no negociadas individualmente tienen vocación de generalidad, de modo que, en el presente trabajo me voy a centrar en el supuesto común de cláusulas/condiciones.

Como es sabido, unas y otras son lícitas, pese a los riesgos que entrañan para la contraparte que se limita a aceptarlas. Al fin de proteger los legítimos intereses de quien ocupe esta posición, responden el Título II, *Condiciones generales y cláusulas abusivas*, del Libro II, de la LGDCU, y la LCGC.

La protección otorgada por la LGDCU, requiere que el prestatario hipotecario tenga la condición de consumidor (art. 3 LGDCU), mientras que el prestamista ha de ser un empresario (art. 4 LGDCU).

Por su parte, el ámbito subjetivo de la LCGC alcanza a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional (predisponente) y cualquier persona física o jurídica (adherente), entendiendo por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada.

Para asegurar el empleo adecuado de estas cláusulas contractuales, ambas normas imponen, de forma paralela, diversos controles. Son los denominados control de incorporación (arts. 80 LGDCU y 5 y 7 LCGC), control de interpretación (arts. 80.2 LGDCU y 6 LCGC) y control de contenido (arts. 82 a 90 LGDCU y 8 LCGC). No obstante, la simetría no es total: primero, en lo relativo al control de contenido por abusividad de las condiciones generales de la contratación integrantes de contratos celebrados con consumidores, la LCGC se remite al régimen establecido en la LGDCU respecto de las cláusulas no negociadas individualmente (art. 8.2 LCGC); segundo, el régimen de control difiere según si el adherente tenga a su vez, la condición de consumidor, y según si la cláusula/condición describa o se refiera, a la definición del objeto principal del contrato (STS núm. 241/2013 de 9 mayo. [RJ 2013\3088]).

De conformidad con el control de incorporación, la inclusión en el contrato de las condiciones exige: primero, su aceptación por parte del adherente, lo que presupone necesariamente que el predisponente haya informado expresamente de la existencia de las mismas y haya facilitado un ejemplar, en definitiva, que el adherente haya tenido oportunidad real de conocerlas; segundo, que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato (arts. 5 y 7 LCGC).

Si el adherente tiene, a su vez, la condición de consumidor, los requisitos formales no son exactamente coincidentes, pero sí análogos: concreción, claridad, sencillez en la redacción, accesibilidad y legibilidad [(art. 80.1-a) y b) LGDCU)].

Por su parte, el control de interpretación de las condiciones se articula mediante dos normas, que pueden resumirse en una: las dudas en la interpretación (en el caso de contratos con consumidores solo si se ejercitan acciones individuales) y las eventuales

contradicciones, deben resolverse en favor del adherente/consumidor (arts. 6 LCGC y 80.2 LGDCU).

Por último, conforme el control de contenido, serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la LCGC o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en la LGDCU (art. 8 LCGC). De igual manera, el art. 83 LGDCU establece que serán nulas de pleno derecho, y se tendrán por no puestas, las cláusulas abusivas.

El art. 82.1 LGDCU, define las cláusulas abusivas como: *todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*. Este concepto conecta con la exigencia que impone el art. 80.1 c) de la misma Ley, conforme al cual las cláusulas han de cumplir los requisitos de: buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, *lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas*.

Ahora bien, el control de contenido, de abusividad, no se aplica del mismo modo a todas las cláusulas/condiciones, cuando el adherente tiene la condición de consumidor.

En nuestro sistema, una cláusula/condición puede referirse al objeto principal del contrato y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de éste (entre ellas, como analizaré, se encuentran las cláusulas IRPH, dado que afectan al precio del préstamo). Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las cláusulas/condiciones generales se refieren a dicho objeto principal.

La Directiva 93/13/CEE, en su art. 4.2, indica que no se deberá realizar el control de abusividad a las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato, siempre que sean redactadas de forma clara y comprensible.

La interpretación taxativa que, en un comienzo, realizaba la mayor parte de la jurisprudencia, fue muy criticada, debido a que las estipulaciones de mayor importancia

de los contratos se encontraban exentas de control⁵¹. Por ello, aunque el TJUE ha declarado que el concepto de elemento esencial del contrato, o que afecta a su objeto principal, se ha de interpretar de forma restrictiva⁵², se generó la necesidad de crear controles alternativos. De ahí que el TS, en su Sentencia núm. 406/2012 de 18 junio. [RJ 2012\8857], definió lo que calificó como control de transparencia: *parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta (...) cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica como la jurídica del mismo*.

De esta manera, no es suficiente la comprobación de la claridad y comprensibilidad de la redacción de una cláusula que versa sobre el objeto principal del contrato, para no realizar el control de abusividad sobre ella.

En estos supuestos, se ha de llevar a cabo un control de transparencia, que no sólo se centra en la redacción de la cláusula contractual que afecta al objeto principal, sino que asegura que el consumidor ha comprendido su contenido y es consciente de la importancia que tiene en el contrato. La STS núm. 241/2013 de 9 mayo. [RJ 2013\3088], indica que: *el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta... tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo*. En definitiva, *la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato*.

Así, las cláusulas que definan el objeto principal en los contratos celebrados con consumidores, no evitan el control de abusividad por estar redactadas de forma clara y comprensible, sino que habrán de superar un control de transparencia, también conocido como control de transparencia material o agravado, que consistirá en vislumbrar si el

⁵¹ ADAN DOMENECH, F., *El fin de las cláusulas abusivas hipotecarias en la Ley de crédito hipotecario y en la jurisprudencia del TS y del TJUE*. Primera Edición. Ed. Bosh Editor. Barcelona. 2020. p. 53.

⁵² ARGELICH COMELLES, C., "Remedios del consumidor ante la abusividad en los instrumentos no financieros". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 771. 2018. p. 30.

consumidor ha podido tener *una comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato*. Se trata de un medio equilibrador de los derechos de las partes⁵³ que adopta una doble dimensión: la primera, gramatical, que asegurará, no sólo la claridad de la redacción, sino la correcta ubicación y relevancia de la cláusula, y la segunda, de contenido, que comprobará la comprensión por parte del consumidor de las obligaciones económicas que asume.

Como señala el exmagistrado del TS, Prof. Dr. Francisco Javier Orduña Moreno: *El control de transparencia se proyecta sobre el cumplimiento de los especiales deberes de información y comprensibilidad material que incumben al predisponente en la formación y perfección del contrato* (STS núm. 188/2019 de 27 marzo, [RJ 2019\1201]). De ahí, que considere que *el control de transparencia responde, en esencia, a la proyección o expansión conceptual que presenta en la actualidad el principio de buena fe como presupuesto tanto del control de eficacia de las condiciones generales, como de fuente de creación de especiales deberes de conducta por parte del predisponente*⁵⁴.

Todos estos filtros que han de superar las cláusulas/condiciones suponen una importante protección para el prestatario hipotecario adherente, sobre todo en el caso de que reúna la condición de consumidor.

Debido a que este trabajo se centra en analizar las cláusulas/condiciones incorporadas en contratos de préstamo hipotecario, y sin perjuicio de que más adelante profundizaré en la regulación protectora de la LCCI, cabe hacer una última referencia, en concreto, a la obligación que pesa sobre los prestamistas inmobiliarios que empleen condiciones generales de la contratación, de inscribirlas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, RCGC) y de publicarlas en su página web o, en su defecto, en los establecimientos abiertos al público de que dispongan (art. 7 LCCI).

Además, en relación con el RCGC, la Disposición Adicional 4ª LCCI, establece una modificación del art. 11 LCGC conforme a la cual: *Obligatoriamente se remitirán al Registro de Condiciones Generales las sentencias firmes dictadas en acciones colectivas o individuales por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas*. Es decir, la remisión al RCGC de las condiciones

⁵³ ADAN DOMENECH, F., *El fin de las cláusulas abusivas hipotecarias en la Ley de crédito hipotecario y en la jurisprudencia del TS y del TJUE*. Primera Edición. Ed. Bosh Editor. Barcelona. 2020. p. 56.

⁵⁴ ORDUÑA MORENO, F.J., “Control de transparencia”, en *Control de transparencia y contratación bancaria*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2016. p. 67.

generales de la contratación declaradas nulas es obligatoria, y no opcional como establecía la regulación anterior.

5.3.2.- La protección normativa sectorial.

Como reconociera la Exposición de Motivos de la Ley 2/2009, *la protección de los consumidores y usuarios no se limita a un enfoque general, sino que tiene una amplia presencia en todos los sectores de la vida económica con normas de protección específicas.*

Junto a la norma sectorial más novedosa en materia de protección, la LCCI, que desarrollaré, de forma independiente en el siguiente punto, destaco las siguientes.

En primer lugar, la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Como expresa su Exposición de Motivos, tiene como objeto regular un supuesto específico de subrogación convencional por voluntad del deudor (previsto con carácter general en el artículo 1.211 CC), que facilite su desarrollo y abarate su coste, a fin de permitir a los prestatarios hipotecarios subrogar sus hipotecas a otro acreedor, otra de las entidades financieras a las que se refiere la Ley del Mercado Hipotecario, para con ello, poder beneficiarse del descenso de los tipos de interés que tenga lugar con posterioridad a la perfección de sus contratos de préstamo.

El ámbito objetivo y subjetivo de la Ley 2/1994 comprende los préstamos hipotecarios, sin distinción, concedidos por las entidades financieras a las que se refiere el art. 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Mercado Hipotecario, es decir, las entidades de crédito y los establecimientos financieros de crédito. Se aplica, por tanto, a todo prestatario hipotecario, tenga, o no, la condición de consumidor.

El prestatario podrá subrogar a una de las referidas entidades financieras sin el consentimiento de la entidad acreedora, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquélla por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.211 CC (art. 2 Ley 2/1994).

En las subrogaciones que se produzcan en préstamos hipotecarios a interés variable, la comisión por amortización anticipada que, en su caso, perciba la entidad acreedora no podrá superar el 1% del capital pendiente de amortización, cualquiera que fuera la cuantía que se hubiera pactado (art. 3 Ley 2/1994). Esta limitación tiene su razón

de ser, en el hecho de que las fuertes comisiones por reembolso anticipado constituyan uno de los obstáculos fundamentales para la realización de las subrogaciones, y rige a salvo las normas especiales sobre la materia (p. ej. art. 23.6 LCCI).

Debido a que, el otro de los obstáculos principales lo constituían los gastos asociados a la cancelación de un préstamo hipotecario y la constitución de otro nuevo, la Ley establece una serie de medidas para reducirlos, como beneficios fiscales (art. 7 Ley 2/994) y fijación de honorarios notariales y registrales (art. 8 Ley 2/1994).

En segundo lugar, la Ley 22/2007, de 11 de julio, de Comercialización a Distancia de Servicios Financieros. Se aplica, no solo a la contratación electrónica, sino a todos los servicios que se prestan a distancia, sin la presencia física de las partes contratantes (EM I Ley 22/2007). Su finalidad consiste en procurar una mayor protección de los consumidores (EM II Ley 22/2007).

Su ámbito objetivo lo constituyen los contratos con consumidores de servicios financieros negociados, celebrados y prestados a distancia (art. 1 Ley 22/2007). Expresamente, la Ley 22/2007 incluye dentro de los servicios financieros comprendidos en su ámbito objetivo de aplicación a los préstamos hipotecarios [arts. 4.2 y 10.2-e)].

Por lo que se refiere a su ámbito subjetivo, no todo prestatario hipotecario se beneficiará de los instrumentos de protección establecidos por esta la Ley, ya que se circunscribe a lo que, a sus solos efectos denomina consumidores: las personas físicas que, en los contratos a distancia, actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional (art. 5 Ley 22/2007).

De otro lado, el prestamista habrá de ser un proveedor comprendido en el ámbito subjetivo de la Ley, es decir, una persona física o jurídica, privada o pública, que, en el marco de sus actividades comerciales o profesionales, presta un servicio financiero a distancia, y que se encuentre dentro de alguna de las categorías a las que alude el art. 2 de la Ley (art. 5 Ley 22/2007).

Los instrumentos de protección que dispone la Ley 22/2007 en favor del consumidor responden a la singularidad de la contratación a distancia. Así, exige que quede constancia, tanto de la oferta como del contrato, en un soporte duradero (art. 6).

La información precontractual, detallada, que el proveedor ha de suministrar al consumidor, incluye cuestiones como la dirección geográfica en que el proveedor está

establecido, el Estado o Estados miembros en cuya legislación se basa el proveedor para establecer relaciones con el consumidor antes de la celebración del contrato, las cláusulas contractuales, si las hubiere, relativas a la ley aplicable al contrato a distancia y a la jurisdicción competente para conocer el asunto o la lengua o las lenguas en que las condiciones contractuales y la información previa se presentan, y la lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato y ejecutarse las prestaciones derivadas del mismo, de acuerdo con el consumidor (art. 7).

Por último, como regla general, el proveedor habrá de comunicar al consumidor todas las condiciones contractuales, así como la información precontractual, en soporte de papel u otro soporte duradero accesible para éste, con suficiente antelación a la posible celebración del contrato a distancia o a la aceptación de una oferta y, en todo caso, antes de que el consumidor asuma las obligaciones mediante cualquier contrato a distancia u oferta (art. 9).

La herramienta singular de protección que contempla la Ley, el desistimiento, es decir, el derecho en cuya virtud el cliente puede rescindir el contrato firmado en un plazo determinado sin argumentar más que su voluntad de hacerlo, no resulta de aplicación a los préstamos hipotecarios [art. 10.2-e)], dada la seguridad jurídica especial que exigen estos contratos (EM III Ley 22/2007).

En tercer lugar, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se Regula la Contratación con los Consumidores de Préstamos o Créditos Hipotecarios y de Servicios de Intermediación para Contratos de Préstamo o Crédito. Esta norma tiene como objetivo la salvaguardia de los intereses económicos y los derechos de los consumidores y usuarios, ante dos fenómenos, que hasta la fecha de su publicación, no contaban con una previsión normativa específica: los créditos y préstamos hipotecarios concedidos por empresas que no son entidades de crédito y los servicios de intermediación del crédito (P I).

Su propósito, lógicamente, predetermina su ámbito de aplicación, tanto objetivo como subjetivo.

En lo que a este estudio interesa, la Ley se aplica a los contratos de préstamo hipotecario, distintos a los previstos en el artículo 2.1-a) y b) LCCI, celebrados entre una persona física o jurídica que se dedique profesionalmente a la concesión de tales préstamos o créditos hipotecarios, y un consumidor.

Por lo que se refiere a los mecanismos de protección, en la Ley 2/2009 se aprecia el empleo de nuevos medios, que se vienen a sumar a los deberes de información precontractual, y que no van a ser ajenos a posteriores normas dirigidas a la tutela de los consumidores: obligaciones de transparencia, distribución de la carga de la prueba e intervención del Notario y del Registrador de la Propiedad. Sin embargo, dado que expresamente establece que no será de aplicación cuando las actividades contempladas en el art. 1.1, entre ellas la concesión de préstamos hipotecarios, sean prestados por entidades de crédito, y este trabajo se centra en aquel contrato de préstamo en que las mismas son parte, no procede mayor análisis de esta Ley.

En cuarto lugar, la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito, parte de dos premisas que enuncia en el apartado I de su Preámbulo: primera, *la actividad bancaria debe estar sujeta a normas que concilien la necesaria capacidad de las entidades de crédito para el desarrollo de sus fines en el contexto de una economía de mercado, con la debida ordenación y disciplina sobre aquellos aspectos que pueden ocasionar, como ya ha sucedido en ocasiones anteriores, graves perjuicios a la economía*; segunda, *el fundamento último de toda la legislación financiera consiste en la necesidad de garantizar la estabilidad y el eficiente funcionamiento de los mercados financieros con el fin de proteger a los agentes implicados, en especial a los clientes e inversores, y, en última instancia, proporcionar a las economías las condiciones de financiación, óptimas pero prudentes, para impulsar su prosperidad en el largo plazo*.

Se considera que el funcionamiento eficiente del mercado financiero precisa su transparencia (apartado I Orden EHA/2988/2011). Esta consideración ha conducido, en el marco de la normativa reguladora de la disciplina e intervención de las entidades de crédito, a la aprobación de normas que regulan la actividad de las entidades de crédito en sus relaciones con sus clientes⁵⁵, dirigidas de forma inmediata a proteger los legítimos intereses de éstos, como es el caso de la citada Orden EHA/2988/2011.

A fin de habilitar la promulgación futura de nueva normativa con el objeto indicado, el art. 5 de la Ley 10/2014, faculta al Ministerio de Economía y Competitividad para dictar disposiciones, en cuanto a los préstamos concedidos por las entidades de

⁵⁵ CORTÉS, L. J., “Contratos y mercados financieros”, en *Lecciones de Derecho Mercantil*, II. MENÉNDEZ, A./ROJO, A. (dirs.). Ed. Civitas, Pamplona. 2019. p. 215.

crédito, sobre: la adecuada evaluación de la solvencia del cliente bancario, la correcta valoración de las garantías que aseguren el crédito concedido (como puede ser la hipoteca inmobiliaria), la consideración de los diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable (que será uno de los aspectos a examinar en relación con los préstamos con cláusulas IRPH) y las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones, la obtención y documentación apropiada de datos relevantes del cliente, la información precontractual y la asistencia apropiadas para el cliente, y el respeto de las normas de protección de datos.

En quinto lugar, la Orden EHA/2899/2011 tiene como presupuesto el mandato y la habilitación dispuestos por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que facultó al Ministerio de Economía y Hacienda para aprobar las normas necesarias a fin de garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito. La Orden persigue tres objetivos: primero, reunir en un único texto la normativa básica de transparencia; segundo, *actualizar el conjunto de las previsiones relativas a la protección del cliente bancario, al objeto de racionalizar, mejorar y aumentar donde resultaba imprescindible, las obligaciones de transparencia y conducta de las entidades de crédito*; tercero, *desarrollar los principios generales previstos en la Ley de Economía Sostenible en lo que se refiere al préstamo responsable* (II Orden EHA/2899/2011).

Además, regula los que serán tipos de interés oficiales conforme a la habilitación incluida en el art. 48.2 de la hoy derogada Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, antecedente del actual art. 5 de la Ley 10/2014.

Ha sido objeto de una importante modificación mediante la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, que tiene como fin el desarrollo reglamentario de determinados aspectos de la LCCI, dirigido a garantizar la efectividad de las medidas introducidas por dicha Ley.

El ámbito objetivo y subjetivo de aplicación general de la Orden EHA/2899/2011 comprende los servicios bancarios dirigidos o prestados a clientes, o clientes potenciales, en territorio español por establecimientos financieros de crédito y entidades de crédito españolas, extranjeras o domiciliadas en otro Estado miembro de la Unión Europea que operen, en su caso, mediante sucursales.

A sus efectos, son clientes y clientes potenciales las personas físicas.

Las disposiciones previstas en las secciones 1.^a a 7.^a del capítulo II del título III, relativas a los préstamos y créditos hipotecarios regulados por la LCCI, serán aplicables a prestamistas inmobiliarios, a intermediarios de crédito inmobiliario y sus representantes designados, tal como se definen en el art. 4 de la citada Ley.

La Orden entiende por servicios bancarios, entre otros, aquellos que comprenden los servicios de caja, la captación de fondos reembolsables, especialmente depósitos, la concesión de crédito y préstamo, los servicios de pago (art. 2 Orden EHA/2899/2011).

Por su parte, el ámbito de aplicación del capítulo II del título III, denominado *Normas relativas a los créditos y préstamos inmobiliarios regulados por la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, se ciñe a las actividades realizadas por cualquier prestamista, intermediario de crédito o su representante que opere en España dirigidas o relacionadas con el diseño, el proceso de comercialización, la concesión, la gestión y el cumplimiento de los contratos de préstamo inmobiliario regulados en el art. 2 de la LCCI.

Contiene previsiones de protección del deudor hipotecario en materia de información precontractual, contractual, transparencia de las disposiciones contractuales y publicidad.

Por último, pese a que no tenga una incidencia directa sobre las cláusulas IRPH, cabe hacer mención al Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de Medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, debido al régimen protector en favor del deudor hipotecario que consolida. Se aprobó como consecuencia de la extraordinaria y urgente necesidad derivada del presumible incremento de las demandas de consumidores afectados solicitando la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo, tras la STS núm. 241/2013 de 9 mayo [RJ 2013\3088] y la STJUE de fecha 21 de diciembre de 2016 en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15. Contiene mecanismos que ayudan al prestatario, parte en contratos de préstamo hipotecario a interés variable, a conseguir la efectiva devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por la aplicación de las cláusulas suelo.

5.3.3.- La protección especial dispensada por la LCCI y su desarrollo reglamentario.

El capítulo II de la LCCI lleva por título *Normas de protección del prestatario*.

Articula la protección, principalmente, por tres medios: a través de rigurosos deberes de información y transparencia, recogidos en la Sección Primera, titulada *Disposiciones Generales*; de forma indirecta, mediante las denominadas *Normas de Conducta* (Sección Segunda); y, por último, con normas que integran el contenido del contrato, incluidas en la Sección Tercera.

A estas últimas ya me he referido en el epígrafe anterior. Ahora, corresponde analizar las restantes normas de protección, que, como he indicado, han sido completadas reglamentariamente mediante la modificación de la Orden EHA/2899/2011 operada por la Orden ECE/482/2019.

A.- Obligaciones de información y transparencia material.

A lo largo del proceso que conlleva la concesión de un préstamo hipotecario regulado por la LCCI, existe una amalgama de obligaciones de información y transparencia impuestas al prestamista, en aras a proteger los derechos e intereses del prestatario. El cumplimiento de estas obligaciones permitirá a éste contemplar con claridad en qué consiste cada opción que ofrece el mercado del crédito, conocer las consecuencias que acarrea contratar cada una de ellas y elegir la que mejor se adecúe a sus circunstancias.

Es por ello, que la información se ha de aportar, en su mayor parte, durante la fase precontractual de la relación, si bien, los deberes de información comienzan con la publicidad.

El prestatario, por su parte, no es del todo ajeno a los deberes de información, pues debe facilitar datos propios de carácter personal y financiero, con el fin de que el potencial concedente del crédito pueda desarrollar correctamente su actividad, principalmente en lo que se refiere a la evaluación de su solvencia.

A.1.- Publicidad.

El primer deber de información del prestamista, aparece en el art. 6 LCCI, que regula la información básica que ha de incluir en la publicidad de los contratos de crédito inmobiliario que oferta.

A la hora de publicitar los tipos de interés o el coste que le puede suponer al prestatario celebrar este tipo de contratos, ha de especificar información básica sobre: su identidad; si el préstamo precisa de una determinada garantía real; el tipo deudor y, en su

caso, los gastos incluidos en el coste total del préstamo para el prestatario; la Tasa Anual Equivalente, que habrá de ser resaltada suficientemente en la publicidad, al menos de la misma manera que cualquier otro tipo de interés; el sistema de amortización, y la fórmula de cálculo de las cuotas del principal y los intereses. Todo ello ha de transmitirse de una forma fácilmente legible o claramente audible.

Cuando proceda añadirlo, se ha de hacer alusión en la publicidad a los siguientes elementos: la duración del contrato, el importe y el número de los pagos a plazos y una advertencia sobre el hecho de que las posibles fluctuaciones del tipo de cambio podrían afectar al importe adeudado (lo cual cabría aplicar a la publicidad de los contratos de préstamo con IRPH), además de la posibilidad que se le ofrece al deudor de dar en pago el inmueble hipotecado. A su vez, si fuera necesario celebrar un contrato de seguro para obtener el préstamo, y su coste no se pudiera conocer de antemano, el concedente lo habrá de explicitar.

Toda esta información, a excepción de la relativa a la identidad del prestamista, el requisito de crear una garantía real o la advertencia de las posibles fluctuaciones del tipo de cambio, se precisará en un ejemplo representativo, que se determinará a partir de los criterios que adopte el Ministro de Economía y Empresa.

A.2.- Información precontractual.

Como anuncia en el apartado IV de su Preámbulo, la LCCI establece una regulación detallada de la fase precontractual... con el objetivo de garantizar que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar y que, por lo tanto, se pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material.

Puede decirse que la Ley diseña tres etapas sucesivas del deber de información en la fase precontractual.

En primer lugar, el art. 9 LCCI impone al prestamista inmobiliario el deber de proporcionar al prestatario en todo momento y en un soporte duradero, información general clara y comprensible sobre los contratos de crédito que ofrezca: la posible duración de este tipo de contratos, las posibles formas de tipo deudor disponible, los fines para los que puede emplear el crédito, los posibles costes que no se incluyen de antemano

en el coste total del crédito, las opciones existentes para reembolsar, y demás información que pueda permitir al prestatario conocer el régimen general de los préstamos inmobiliarios.

El precepto faculta al Ministro de Economía y Empresa para establecer cualquier otra advertencia de la que deba informar el prestamista.

En segundo lugar, una vez cumplida la obligación que tiene el prestatario de proporcionar información acerca de su situación personal y financiera a fin de permitir la evaluación de su solvencia (art. 11 LCCI), la entidad prestamista habrá de ofrecerle una información personalizada (art. 10 LCCI), para que pueda: comparar los préstamos disponibles en el mercado, evaluar sus implicaciones y tomar, así, con conocimiento de causa, la decisión de celebrar un contrato u otro. Esta información precontractual, se habrá de aportar mediante la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), con una antelación mínima de 10 días respecto al momento de perfección del contrato de préstamo.

En tercer lugar, la LCCI dispone, para el periodo previo a la fecha prevista para la celebración del contrato, nuevos y más rigurosos deberes de información, e, incluso, de asesoramiento a cargo del Notario que, en su caso, autorice la correspondiente escritura pública, dirigidos unos y otro a permitir que el prestatario comprenda íntegramente la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar, en definitiva, a satisfacer el principio de transparencia material⁵⁶.

Así, el prestamista debe entregar al prestatario o potencial prestatario, con una antelación mínima de 10 días respecto a la fecha prevista para la firma del contrato de préstamo, toda la documentación que enumera el art. 14 LCCI. Pese a que no los mencione el precepto, toda la documentación que recoge habrá de ser entregada también, en su caso, al fiador y al garante no deudor⁵⁷.

Primero, ha de facilitar la FEIN, que tendrá carácter de oferta vinculante para el prestamista hasta la firma del contrato.

⁵⁶ ARGELICH COMELLES, C., “Remedios del consumidor ante la abusividad en los instrumentos no financieros”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 771. 2018. p. 23.

⁵⁷ MARÍN LÓPEZ, M.J., “El control de la transparencia material”, en *Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario*, CARRASCO PERERA, A. (dir.). Primera edición. Aranzadi. Pamplona. 2019. p. 278.

Segundo, debe proporcionar la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), en la que se informa de las cláusulas o elementos relevantes, se advierte al prestatario de los índices oficiales de referencia utilizados para fijar el tipo de interés (como puede ser el IRPH), la existencia de cláusulas suelo (mención errónea, como ya he indicado, debido a la prohibición de los límites a la baja en préstamos a tipo de interés variable consagrada en el art. 21), la posibilidad de vencimiento anticipado en caso de impago de cuotas, la distribución de los gastos asociados al contrato. Con la FiAE se hace hincapié en que el prestatario esté realmente informado acerca de las cláusulas que afectan al objeto principal del contrato.

Tercero, si se trata de un préstamo sujeto a tipo de interés variable, ha de entregar un documento que contenga las cuotas periódicas que haya de satisfacer el prestatario ante los distintos escenarios de evolución del interés. Esta previsión aclara las dudas acerca del deber del prestamista de proporcionar información sobre la futura posible evolución del IRPH.

Cuarto, una copia del proyecto de contrato, el cual, lógicamente, habrá de ajustarse al contenido de los documentos anteriores.

Quinto, información clara y veraz sobre la distribución de los gastos entre prestamista y prestatario. En esta sede, el apartado e) del citado art. 14 distribuye los gastos del siguiente modo: el prestamista asume los de gestoría, inscripción en el registro de la garantía real que se acuerde, el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los que correspondan en relación con el ITPAJD, según la normativa tributaria. Por su parte, el prestatario asume los gastos de tasación del inmueble.

Sexto, en el supuesto de que el prestamista exija la suscripción de un contrato de seguro para conceder el préstamo, habrá de entregar al prestatario un documento con las condiciones que ha de cumplir el mismo.

Séptimo, si el préstamo se formaliza en escritura pública, ha de advertir al prestatario que tiene la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que elija, en relación con la misma.

Todo ello, además de cualquier otro tipo de información que resulte necesaria, incluidas las respuestas a las preguntas que formule el prestatario, y la puesta a

disposición del mismo de los formularios de las condiciones generales de la contratación que se utilicen (art. 14.2 LCCI). Este precepto procura que el prestamista ofrezca las explicaciones adecuadas acerca del contenido del contrato, sobre la premisa de que toda la información precontractual referenciada pudiera resultar insuficiente para que el potencial prestatario conozca el significado de toda la información y el contenido de las cláusulas ahí expuestas⁵⁸. Por ello, es conveniente que el prestamista explique dichos documentos.

La STJUE de 26 de febrero de 2015, C-143/13 (Asunto Bogdan Matei y Ioana Ofelia Matei contra SC Volksbank România SA.), declara que el empresario debe adoptar un plus de diligencia en cuanto a su información, con el objetivo de que un consumidor informado *pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan* ⁵⁹.

La antelación de 10 días naturales respecto a la fecha prevista para la formalización del contrato, responde al fin de que el prestatario disponga de plazo suficiente, tanto para su asimilación, como para adoptar la decisión de suscribir, o no, el contrato. La importancia de la información precontractual ya fue puesta de manifiesto en la STS núm. 593/2017 de 7 noviembre. [RJ 2017\4759], en tanto *es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar*⁶⁰.

No obstante, desde el Notariado se han alzado algunas voces señalando la brevedad del plazo de 10 días, que puede convertir este trámite en un mero formalismo, porque, aunque detecten la falta de transparencia tras el examen de los documentos que reciben, normalmente los prestatarios preferirán celebrar, finalmente, el contrato, en lugar de llevar a cabo todos los trámites necesarios para un nuevo préstamo.

En la misma línea crítica, se ha manifestado que la exigencia prevista en el Proyecto de Ley, conforme a la cual el notario autorizante debía comprobar activamente la comprensión del prestatario, era más acertada que la verificación de la comprensión

⁵⁸ MARÍN LÓPEZ, M.J., “El control de la transparencia material”, en *Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario*, CARRASCO PERERA, A. (dir.). Primera edición. Aranzadi. Pamplona. 2019. p. 297.

⁵⁹ ADAN DOMENECH, F., *El fin de las cláusulas abusivas hipotecarias en la Ley de crédito hipotecario y en la jurisprudencia del TS y del TJUE*. Primera Edición. Ed. Bosh Editor. Barcelona. 2020. p. 43.

⁶⁰ ADAN DOMENECH, F., *El fin de las cláusulas abusivas hipotecarias en la Ley de crédito hipotecario y en la jurisprudencia del TS y del TJUE*. Primera Edición. Ed. Bosh Editor. Barcelona. 2020. p. 45.

sobre la base de la mera manifestación del prestatario, tal y como, finalmente, regula la LCCI⁶¹.

A.3.- Comprobación notarial.

Como medio de comprobación del cumplimiento del requisito de transparencia material, el notario, que vaya a autorizar la escritura, ha de levantar un acta con carácter previo (art. 15 LCCI), en el que hará constar si considera cumplido en plazo, o no, el deber de entrega de la documentación prevista en el art. 14.1. En caso negativo, así como en el supuesto de que el prestatario no comparezca en la notaría para recibir el asesoramiento correspondiente, no podrá autorizar la escritura pública de préstamo.

B.- Normas de conducta.

La sección 2.^a del capítulo II de la LCCI recoge, como se ha indicado anteriormente, las normas de conducta que los prestamistas, intermediarios de crédito inmobiliario y representantes designados han de cumplir en el proceso de elaboración, promoción, comercialización y contratación de préstamos inmobiliarios, tanto respecto de su organización interna, como respecto del cliente.

Dentro de ellas, en primer lugar, se exige que el personal que evalúa la solvencia y comercializa préstamos inmobiliarios deba cumplir con determinados requisitos de capacitación que aseguren que el prestatario recibe una información adecuada y ajustada a sus necesidades por parte del prestamista (art. 16).

En segundo lugar, se prohíben, con carácter general, las ventas vinculadas, con el fin de favorecer la elección del producto más adecuado por parte del cliente y fomentar la competencia en el mercado, posibilitando la venta agrupada únicamente en aquellos casos en los que resulte más beneficioso para aquellos.

En el marco de las normas de conducta, por otro lado, se imponen límites a la política retributiva del personal de los prestamistas y de los asesores, evitando incentivos contraproducentes que favorezcan una posible contratación excesiva en detrimento de una adecuada valoración del riesgo y de la provisión de la necesaria información al

⁶¹ CABANAS, R., *La nueva Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, en notariosfuenlabradaprotocolar.es. 15 de mayo 2020.

cliente, estableciendo, en particular, que el volumen de préstamos contratados no sea el factor predominante a la hora de retribuir al personal que los diseña, comercializa o los recomienda (art. 18).

También se limita la actividad de asesoramiento en materia de préstamos y créditos, de modo que, con determinadas excepciones, sólo podrá prestarse por los intermediarios de crédito inmobiliario y los prestamistas inmobiliarios, que habrán de sujetarse en su actividad a las reglas dirigidas a asegurar la provisión de recomendaciones claras, objetivas y adaptadas al cliente (art. 19)⁶².

5.4.- PROCEDIMIENTOS DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS.

La protección normativa del consumidor se completa con el establecimiento de sistemas de resolución de conflictos ágiles y alternativos a la vía judicial⁶³.

Como procedimiento de resolución extrajudicial de conflictos, el art. 57 LGDCU define el Sistema Arbitral del Consumo como *el sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito*.

Actualmente, el sistema se rige por el Real Decreto 231/2008 de 15 de febrero, regulador del Sistema Arbitral de Consumo (SAC) y, en lo no previsto en él, por la Ley de Arbitraje (art. 3.1 RD SAC).

Su estructura es similar a la jurisdiccional: hay dos partes en conflicto y un árbitro que resuelve la controversia, ya emplee normas jurídicas o de equidad. Ello se debe a que las partes, cuando acuden a este sistema, pueden optar por: el arbitraje de equidad, en que

⁶² Por último, cabe hacer alusión a la Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario, diseñada por la Orden EHA/2899/2011 y prevista en la Disposición Adicional tercera de la LCCI. El Banco de España tiene el deber de aprobar y publicar esta guía, en virtud del mandato que figura en ambas normas, *con la finalidad de que quienes demanden servicios bancarios de préstamo hipotecario dispongan, con carácter previo a la formalización de los mismos, de información adecuada para adoptar sus decisiones de financiación*.

⁶³ MOYA DONATE, P., “La mediación y el arbitraje en el ámbito de la protección al consumidor”, en *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros*. Primera Edición. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 2019. p. 854.

la resolución se basa en la equidad, o el arbitraje de Derecho, que se resolverá en aplicación de la norma jurídica correspondiente⁶⁴.

La sumisión de las partes a este sistema es voluntaria y debe acordarse expresamente, sin que sea vinculante para el consumidor un convenio arbitral anterior al surgimiento del conflicto. En cuanto a la entidad, debe, por tanto, o bien aceptar el arbitraje en el caso concreto, o bien estar ya adherida al sistema arbitral⁶⁵.

Se trata de un servicio gratuito y rápido, dado que el procedimiento dura 6 meses.

Junto con el arbitraje de consumo, cabe destacar la mediación de consumo, como otra alternativa al procedimiento judicial en la resolución de conflictos.

La mediación de consumo constituye una alternativa de resolución de conflictos en que los sujetos titulares de la controversia interactúan con la ayuda o intervención de un mediador para buscar una solución que satisfaga, en la medida de lo posible, a las dos partes.

No supone el sometimiento a un sistema y a una resolución. El consumidor o la empresa van a poder abandonar en cualquier momento el trámite. Ambas partes, tratarán de avenir sus pretensiones para llegar a un acuerdo, lo que supondrá que los sujetos mantienen el convencimiento de que se han satisfecho sus pretensiones, al menos parcialmente.

Evita el problema del arbitraje de la impugnación del laudo. Pero, no es muy empleada cuando se trata de productos bancarios.

Es por ello, que parte de la doctrina propone la consolidación de una mediación intrajudicial real, en virtud del art. 456.6 e) LOPJ, que prevé como una de las posibles competencias del Letrado de la Administración de Justicia, la mediación.

No se trata de judicializar la mediación, sino de desarrollar una adecuada mediación en el contexto de la administración de justicia⁶⁶. Contribuiría a proteger los

⁶⁴ MOYA DONATE, P., *La mediación y el arbitraje en el ámbito de la protección al consumidor*, en *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros*. Primera Edición. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 2019. p. 856.

⁶⁵ Colegio de la Abogacía de Madrid. *Derechos de los consumidores en la contratación de productos financieros*. p. 63.

⁶⁶ MOYA DONATE, P., *La mediación y el arbitraje en el ámbito de la protección al consumidor*, en *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros*. Primera Edición. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 2019. p. 863.

derechos del consumidor, y a consolidar la alternativa actual a los instrumentos de resolución extrajudicial de conflictos.

Por último, se ha de hacer referencia a las proyectadas entidades de resolución alternativa de litigios en materia de consumo en el ámbito de la actividad financiera, contempladas en la Disposición Adicional Primera de la Ley 7/2017, de resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

Según la citada Disposición Adicional, para la resolución, con carácter vinculante o no, de litigios de consumo en el sector financiero, será creada por ley, y comunicada a la Comisión Europea, tras su acreditación por la autoridad competente, una única entidad, con competencias en este ámbito. Esta ley obligará a las entidades financieras a participar en los procedimientos ante dicha entidad de resolución alternativa de litigios para el ámbito de su actividad. El resto de entidades acreditadas que den cobertura a reclamaciones de consumo de todos los sectores económicos, podrán conocer igualmente de este tipo de litigios, siempre que ambas partes se hayan sometido voluntariamente al procedimiento.

En principio, el plazo concedido al Gobierno para que remitiera el proyecto de ley regulador del sistema institucional de protección del cliente financiero, así como su organización y funciones, era de ocho meses. Sin embargo, dicho plazo ha vencido sin que la prevista Autoridad Independiente de Protección del Cliente Financiero haya sido creada.

5.5.- SERVICIOS DE RECLAMACIONES DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS.

Además de las vías de defensa, tanto judiciales como extrajudiciales, de que disponen los consumidores frente a los empresarios con quienes contratan, los clientes de las entidades financieras, sean consumidores o no, pueden acudir directamente a las mismas para realizar las reclamaciones procedentes.

En primer lugar, el cliente puede reclamar directamente a la entidad a través del Servicio de Atención al Cliente, con el que la misma ha de contar *ex lege* (Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, Departamentos y servicios de atención al cliente y el

defensor del cliente de las entidades financieras). Se trata de un organismo interno e independiente de sus departamentos comerciales y operativos⁶⁷.

En caso de que el cliente, tras haber acudido a este servicio, no recibiera respuesta en el plazo de dos meses, podrá presentar reclamación ante el órgano regulador correspondiente: Departamento de conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España, si se trata de un producto bancario, el Departamento de Inversores de Comisión Nacional del Mercado de Valores, si se trata de un servicio o producto de inversión, o el Servicio de reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, si se trata de un seguro⁶⁸. Es decir, en el supuesto de que se trate de un contrato de préstamo hipotecario, el deudor habría de acudir ante el Banco de España.

A su vez, el cliente puede realizar reclamaciones ante del Defensor del Cliente de la entidad, si es que tiene, dado que no se trata de un órgano preceptivo. Se trata de una institución ajena a la entidad de crédito, independiente, que se encarga de mediar entre las mismas y el cliente. La reclamación se ha de formular por escrito en un plazo inferior a dos meses desde los hechos objeto de reclamación. Sin embargo, sus decisiones no son vinculantes para la entidad.

Por último, cabe hacer alusión a los Códigos de Buenas Prácticas. En España siguen existiendo códigos de conducta en ciertas materias, como la publicidad financiera, en la que los supervisores se limitan a aprobar los principios que deben aplicar las entidades⁶⁹. Esta fuente normativa cobró cierta importancia cuando surgió el problema de los abusos en las ejecuciones hipotecarias, dado que la primera medida que adoptó el Gobierno fue la aprobación de un Código de Buenas Prácticas, que pretendía favorecer la reestructuración de las deudas hipotecarias⁷⁰.

⁶⁷ Colegio de la Abogacía de Madrid. *Derechos de los consumidores en la contratación de productos financieros*. p. 55.

⁸⁹ Colegio de la Abogacía de Madrid. *Derechos de los consumidores en la contratación de productos financieros*. p. 58.

⁶⁹ ZUNZUNEGUI, F., “Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos”. *Revista de Derecho del Mercado Financiero*. 2013. p. 6.

⁷⁰ CORDERO LOBATO, E., CARRASCO PERERA, A., *Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario*. Primera Edición. Ed. Aranzadi. 2019. p. 708.

5.6.- PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA

Parte de la doctrina que defiende la creación de nuevos mecanismos de protección en favor de consumidores, propone aumentar el control administrativo sobre las condiciones generales de la contratación. Y ello, porque La Directiva 93/13/CEE, no impone a los Estados miembros necesariamente un control judicial de las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, sino que se limita a establecer unos objetivos sin acotar los medios para su consecución⁷¹. Así el art. 7 de la Directiva 93/13: *Los Estados miembros velarán porque, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.*

Pese a las ventajas que podría aportar un control administrativo junto con el judicial, la opción del legislador español ha sido la de que la declaración de una cláusula como abusiva solo puede llevarla a cabo un juez. Estos autores, dicen que ello provoca que el sistema sea en sí mismo abusivo, porque exige un sobreesfuerzo extraordinario del consumidor para defenderse del empleo de cláusulas abusivas, lo que hace que su protección sea deficiente. Sin embargo, el establecimiento de un sistema administrativo de protección es posible y eficaz, y puede convivir con el judicial. Alegan, que así lo demuestra la experiencia en otros países⁷².

Un ejemplo es Estados Unidos, donde, a raíz de la crisis financiera, se creó a través de la Ley Dodd-Frank de Reforma de Wall Street y Protección al Consumidor, la Oficina para la Protección Financiera del Consumidor (*Consumer Financial Protection Bureau*, CFPB), agencia federal cuyo objetivo es supervisar el cumplimiento por parte de las empresas financieras de las leyes de protección al consumidor. Destaca su competencia para ordenar a las entidades la corrección de sus clausulados y prácticas de forma que se adecúen, en un determinado plazo, a la normativa federal de protección del consumidor.

Entre sus competencias, se encuentran: la centralización de todas las quejas de los consumidores, la promoción de la educación financiera, la supervisión de las entidades,

⁷¹ CUENA CASAS, M., “El “consumidor” necesita una autoridad pública que le proteja”. *Blog Hay Derecho*. 28/10/2019. p. 3.

⁷² CUENA CASAS, M., “El “consumidor” necesita una autoridad pública que le proteja”. *Blog Hay Derecho*. 28/10/2019. p. 8.

y también tiene competencia reguladora, pudiendo desarrollar la normativa federal en materia de protección del consumidor.

Además, ostenta legitimación procesal para ejercitar acciones contra las entidades que no cumplan la regulación, así como potestad sancionadora, lo cual supone, sin duda, una gran protección para el consumidor y el ahorro de costes. Su mera existencia tiene un efecto disuasorio importante⁷³.

En nuestro ordenamiento, si bien las resoluciones del servicio de reclamaciones del Banco de España, pese a no ser vinculantes, son mayoritariamente asumidas y reconocidas por las entidades financieras, esta misma entidad controla, tanto las normas de transparencia bancaria, como la solvencia de las entidades.

Por su parte, en Estados Unidos el legislador percibió la necesidad de crear un organismo financiero que se centrara directamente en los consumidores, privando al supervisor bancario de estas competencias. La regulación del CFPB trata de asegurar la independencia del organismo.

Es por ello, que un sector de la doctrina recomienda la creación de una autoridad nacional destinada a la protección del consumidor⁷⁴.

⁷³ CUENA CASAS, M., “El “consumidor” necesita una autoridad pública que le proteja”. *Blog Hay Derecho*. 28/10/2019. p. 8.

⁷⁴ ARGELICH COMELLES, C., “Remedios del consumidor ante la abusividad en los instrumentos no financieros”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 771. 2018 p. 15.

6.- CLÁUSULAS IRPH EN CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Una de las cláusulas contractuales que ha generado mayor litigiosidad y controversia jurisprudencial ha sido la conocida como cláusula IRPH en préstamos hipotecarios a interés variable.

Se trata de una cláusula que incluye, como índice oficial de referencia para calcular el tipo de interés aplicable al contrato, el Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH), tipo de referencia complejo que, junto con el diferencial correspondiente, sirve para fijar el objeto principal, el *precio* del contrato.

La dificultad que su comprensión entraña y la importancia que tiene en la relación jurídica nacida del contrato de préstamo, obliga a la entidad prestamista a extremar su diligencia a fin de cerciorarse de que el consumidor financiero es consciente de las consecuencias jurídicas y económicas que supone el empleo de esta cláusula. El incumplimiento de este deber, además de otros posibles factores, podrá acarrear la nulidad de la cláusula, cuyo régimen de control se ha ido ampliando, no sin controversia, a la luz de la doctrina comunitaria, frente a la postura inicial más restrictiva de la jurisprudencia nacional.

6.1.- CONCEPTO DE IRPH.

El IRPH constituye un índice oficial de referencia de tipos de interés, aplicable a los préstamos a tipo de interés variable concedidos por las entidades de crédito en España. Es publicado mensualmente (art. 27 Orden EHA/2899/2011) por el Banco de España, y aparece definido en el Anexo 8 de la Circular 5/2012 del Banco de España.

Su origen se encuentra en la hoy derogada Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. El art. 48.2 e) de dicha Ley facultó al Ministro de Economía y Hacienda para publicar, por sí o a través del Banco de España, con carácter oficial, determinados índices o tipos de interés de referencia susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito en los préstamos de interés variable, especialmente en los hipotecarios.

En ejercicio de esta facultad, la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios, habilitó al

Banco de España para definir mediante Circular tales índices, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera⁷⁵.

En cumplimiento de tal habilitación, el Banco de España, mediante la Circular 5/1994, de 22 de julio, que modifica la Circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, estableció, entre otros índices oficiales, los siguientes: IRPH-Bancos, IRPH-Cajas e IRPH-Entidades, según se tratara del tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por Bancos, Cajas de Ahorros o el conjunto de Entidades de Crédito.

Sucede que tanto el IRPH-Cajas como el IRPH-Bancos, desaparecieron el 1 de noviembre de 2013, en aplicación de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores. Como consecuencia, en la actualidad únicamente pervive el IRPH-Entidades.

Son las propias entidades las que, en cumplimiento de la Norma 16.4 y los Anexos 8 y 9 de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, comunican los tipos de interés adoptados en sus operaciones hipotecarias. Las entidades de crédito españolas y las sucursales en España de entidades de crédito extranjeras deben presentar mensualmente al supervisor, dentro de los quince primeros días de cada mes, información de los tipos de interés medios ponderados de determinadas operaciones, realizadas en España, con el sector privado residente en España, denominadas en euros, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes anterior, al objeto de que el Banco de España confeccione y publique ciertos índices o tipos de referencia del mercado hipotecario. Entre esos índices se encuentra el IRPH.

En efecto, el cálculo de este índice se lleva a cabo a través de la media aritmética de los precios de los préstamos hipotecarios concedidos por las entidades de crédito, por un plazo superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre. En la operación se emplean tasas anuales equivalentes, lo que permite concluir que los índices publicados por el Banco de España son, en definitiva, Tasas Anuales Equivalentes, como resulta de los Anexos 8 y 9 de la Circular 5/2012.

Debido a que se trata de la media resultante de los precios derivados del saldo de dichas operaciones financieras, estas TAEs incorporan las comisiones pagadas por el

⁷⁵ AHEDO SÁNCHEZ, O., “Cláusulas IRPH”, en *Jurisprudencia sobre hipoteca y contratos bancarios*. Primera Edición. Ed. Tirant lo Blanch. 2019. Valencia. p. 440.

cliente y los gastos que se le repercuten. De esta manera, el índice oficial es superior a los tipos de interés empleados en el mercado del crédito, dado que el resultado de su fórmula matemática no distingue entre lo que paga el cliente en concepto de interés, y lo que paga en concepto de comisiones (sobre todo de apertura) u otro tipo de gastos vinculados a la concesión del préstamo.

Por esta razón, para concretar el IRPH en los contratos de préstamo, no es infrecuente que se aplique al índice lo que se conoce como un diferencial negativo, el cual se obtiene por medio de un cálculo que atenderá a la cantidad de las comisiones y los gastos imputados al cliente, y la frecuencia de las cuotas.

6.2.- PROBLEMÁTICA.

La inclusión de las cláusulas IRPH en los contratos de préstamo hipotecario ha dado lugar a una gran litigiosidad, como ya he indicado. Las respuestas ofrecidas por los Tribunales no han sido homogéneas. Los aspectos que han generado mayores discrepancias han sido:

- Su naturaleza de condición general de la contratación.
- La competencia para su control.
- Su sujeción a la Directiva 93/13 y a la LCGC.
- La aplicación del régimen de control de las condiciones generales de la contratación/cláusulas no negociadas individualmente.
- Los efectos de la nulidad de la cláusula.

6.2.1.- La cláusula IRPH como condición general de la contratación.

En los contratos de préstamo hipotecario el tipo de interés lo fijan las partes libremente (art. 1.255 CC; art. 1 Orden EHA 2899/2011; SAP Barcelona núm. 332/2018 de 17 julio. [JUR 2018\252821]). Esa libertad comprende la facultad de remitirse a índices oficiales de referencia para determinarlo, normalmente junto con lo que se conoce como diferencial. Uno de esos índices es el IRPH.

Dado que, como se ha expuesto, el IRPH constituye un índice regulado normativamente y publicado por la Administración: *debe advertirse que las partes de un contrato de préstamo no definen el índice de referencia contractualmente, sino que lo que hacen es remitirse a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones generales para este tipo de contratos* (SAP de Barcelona núm. 583/2018 de 19 septiembre. [JUR 2018\251257]).

Para analizar su naturaleza, hay que distinguir entre el IRPH, en sí mismo considerado, y la estipulación que lo incorpora al contrato.

Como resulta del propio concepto de IRPH, no constituye en sí mismo una cláusula contractual, por lo que no puede ser, como tal, una condición general de la contratación. Sin embargo, las cláusulas que lo incorporan sí tienen carácter contractual, y su calificación como condiciones generales dependerá de la concurrencia en ellas de los requisitos que para ser tales habrían de reunir, conforme a lo dispuesto en el art. 1 LCGC.

En virtud del citado precepto, estos requisitos son: contractualidad, predisposición, imposición y generalidad (STS 241/2013, de 9 de mayo [RJ 2013\3088])⁷⁶.

En los contratos de préstamo hipotecario, las cláusulas IRPH se refieren o definen el objeto principal del contrato, como es la forma de calcular el interés remuneratorio que habrá de satisfacer el prestatario, el precio de la financiación.

Pese a que se pueda pensar que, dado que se trata de un elemento de tal importancia en el contrato, la disposición que lo incorporara habría de tener naturaleza particular, generalmente será una condición general de la contratación. El mercado del crédito se caracteriza por emplear lo que se conoce como un tipo de contratación *seriada* (STS 406/2012, de 18 de junio [RJ 2012\8857]), caracterizada por la imposibilidad de negociar con cada cliente de forma singularizada.

Como señala la STS Pleno 669/2017, de 14 de diciembre (rec. 1.394/2016, ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres) [RJ 2017\5167], en su FD 2.º: *Aunque en principio resulte lógico que una cláusula que afecta al objeto principal del contrato, como es el interés remuneratorio (el precio de la operación), se incluya como una condición particular, es posible que una cláusula que se refiere al objeto principal del*

⁷⁶ Vid. Epígrafe 5.3.1.

*contrato se haya incluido en el clausulado general y se configure como una condición general de la contratación*⁷⁷.

Por tanto, el hecho de que la cláusula se refiera al objeto principal del contrato, no impide que tenga la consideración legal de condición general de la contratación, de concurrir los requisitos para ello (STS 222/2015, de 29 de abril [RJ 2015\2042]), siempre sin olvidar que la incorporación del IRPH por medio de una condición general de la contratación, no convierte dicho índice en una condición general (SAP Barcelona de 17 de julio de 2018: 332/2018).

De lo expuesto resulta, asimismo, que la estipulación que lo incorpore puede ser una cláusula no negociada individualmente (arts. 80 LGDCU y 3.2 Directiva 93/13/CEE), caracterizadas, por haber sido redactadas previamente sin que el consumidor haya podido influir en su contenido.

6.2.2.- La competencia para su control.

En este punto, el objeto es identificar el órgano competente para decidir sobre la validez de las cláusulas que incorporan el índice IRPH en los contratos de préstamo hipotecario.

A estos efectos, cabe señalar que, en ocasiones, las resoluciones judiciales que versan sobre la materia tienden a identificar el control de legalidad del índice en sí mismo considerado, con el de las cláusulas contractuales que lo incluyen.

Como ya he señalado, el IRPH constituye un índice oficial publicado por el Banco de España, que sirve de referencia a las entidades de crédito para conformar el tipo de interés aplicable a los contratos de préstamo hipotecario. Se encuentra definido y regulado en la legislación sectorial bancaria, por lo que, el control de su ajuste a la misma, corresponde a la propia Administración, no a los Tribunales civiles (STS 669/2017, citada; SAP Barcelona núm. 634/2020 de 24 abril. [AC 2020\389]).

El control del IRPH, es decir, de los trámites seguidos por el Banco de España para su correcta conformación: la obtención de los datos necesarios, la realización de los

⁷⁷ AHEDO SÁNCHEZ, O., “Cláusulas IRPH”, en *Jurisprudencia sobre hipoteca y contratos bancarios*. Primera Edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2019. p. 41.

cálculos correspondientes y su publicación, es materia administrativa, que no compete a la jurisdicción civil.

Las cláusulas que incorporan el IRPH, no lo definen contractualmente, sino que se remiten directamente a la legislación que lo regula y a las publicaciones que del mismo realiza la Administración.

Por ello, el ajuste de estos índices a la legislación bancaria vigente, ha de ser rigurosamente controlado por la Administración, en aras a la protección de los consumidores financieros en cuyos contratos figuran las referencias a los mismos.

En contrapartida, lo que sí es competencia de la jurisdicción civil es el control de la cláusula que incorpora la referencia al IRPH en el contrato de préstamo, como desarrollaré en los apartados siguientes.

Cabe destacar, que la estipulación contractual que incluye la remisión al IRPH, tiene por objeto calcular el interés variable aplicable al préstamo. Para ello, es necesario incorporar dos elementos: el primero, de índole temporal, que indicará cada cuánto tiempo se ha de revisar dicho interés; el segundo, es el que permite calcular el tipo de interés, en que se insertan la referencia al IRPH y a un margen o diferencial que se añade a dicho índice, establecido en términos porcentuales (STS 669/2017, citada). Por ello, el precio del préstamo no se configurará únicamente por medio de la remisión al IRPH, también influirá el margen o diferencial correspondiente en cada caso.

Todo ello, viene a corroborar la conclusión de que el control del índice y el control de la cláusula contractual que incluye la remisión al mismo, han de ser distintos, por razón del origen de su objeto (el primero, legal; el segundo, contractual) y por el objeto mismo del control (el primero, un índice oficial publicado por la Administración; el segundo, la cláusula contractual que incluye los elementos empleados para calcular el tipo de interés en un determinado préstamo hipotecario).

6.2.3.- Sujeción a la Directiva 93/13 y a la LCGC.

El control de validez a que queda sujeta la cláusula IRPH incorporada al contrato de préstamo hipotecario como cláusula/condición se basa en la LGDCU, que transpone la Directiva 93/13/CEE, y la LCGC.

La Directiva 93/13 excluye de su ámbito objetivo de aplicación: *[l]as cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas*, es decir,

aquellas cláusulas que se incorporan en los contratos celebrados con consumidores *ex lege*, con independencia de la voluntad de las partes.

La exclusión se supedita a que las referidas cláusulas no incluyan ninguna modificación contractual respecto de las disposiciones legales o administrativas que incorporan. De lo contrario, sí se encontrarían dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, dado que ya no reflejarían la disposición normativa como tal, la misma habría sido cambiada en virtud de la voluntad de las partes. Así lo indica la STJUE de 30 de abril del 2014, C-280/13, (asunto Barclays Bank, S.A., fundamentos 28-45): *están excluidas de su ámbito de aplicación las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro, como las controvertidas en el litigio principal, cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones.*

El preámbulo de esta norma comunitaria, extiende el concepto de disposiciones legales o reglamentarias imperativas a: *las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo.* Por tanto, tampoco quedan comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva aquellas cláusulas integradas en el contrato en virtud de disposición legal supletoria, es decir, como indica la citada STJUE de 30 de abril del 2014 C-280/13, (asunto Barclays Bank, S.A., fundamentos 28-45) aquéllas que: *se aplican únicamente cuando las partes contratantes no hayan pactado otra cosa.*

La razón de esta exclusión radica, como afirma el preámbulo de la Directiva, en que *se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; por lo que, no resulta necesario someter a las disposiciones de la Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas.*

En desarrollo de este principio, la STJUE de 21 de marzo de 2013, C- 92/11, (asunto caso RWE) advierte: *esta exclusión de la aplicación del régimen de la Directiva 93/13 se justifica por el hecho de que es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos.*

El art. 4-II LCGC, en su ámbito propio, recoge análoga exclusión; la Ley no será de aplicación *a las condiciones generales que vengán reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes.*

Las resoluciones judiciales no se han mostrado unánimes a la hora de subsumir las cláusulas IRPH en los citados artículos, controversia que aún perdura, al menos en parte, tras la sentencia de fecha 14 de diciembre de 2017 dictada por el Tribunal Supremo y la sentencia de fecha 3 de marzo de 2020 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, citadas.

Como indica la citada resolución del TJUE: *incumbe al juez nacional comprobar si la cláusula contractual de que se trata refleja normas de Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes de manera imperativa con independencia de su elección o normas de naturaleza dispositiva y, por tanto, aplicables con carácter supletorio, es decir, cuando las partes no hayan pactado otra cosa* (sentencias de 10 de septiembre de 2014 (C34-13, asunto Kušionová); 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 26; de 10 de septiembre de 2014, Kušionová, C-34/13, EU:C:2014:2189, apartado 79, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartados 29 y 30).

En uso de dicha competencia, el Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 14 de diciembre de 2017 (que, como se verá, cuenta con voto particular), sobre la base de distinguir el IRPH de la cláusula/condición que lo incorpora al contrato, sienta las siguientes conclusiones:

primera, *ni a tenor de la Directiva 93/13/CEE, ni de la LCGC ni del TRLGCU puede controlarse un índice de referencia, como el IRPH - Entidades, que ha sido fijado conforme a disposiciones legales.*

segunda, *[s]olamente puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente. Para lo cual, ha de tenerse en cuenta, como ya se ha dicho, que el interés remuneratorio es el precio del contrato de préstamo. En consecuencia, las cláusulas que se refieren al modo de determinación del interés remuneratorio determinan su objeto principal.*

El Alto Tribunal sustenta la primera de sus conclusiones sobre la base de considerar que *no puede controlarse judicialmente el carácter abusivo de una condición general de la contratación cuando la misma responda a una disposición administrativa supletoria, ya que en estos casos el control sobre el equilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes viene garantizado por la intervención de la administración pública, siempre y cuando su contenido no haya sido modificado contractualmente. Lo que tiene como consecuencia que, en el marco de una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación, no pueda valorarse el modo en el que se ha fijado un índice de referencia legalmente predeterminado, ni quepa analizar si ese índice puede ser manipulado por las entidades financieras, o si en la configuración del índice se han podido tener en cuenta elementos, datos o factores no adecuados. Tampoco cabe ponderar el grado de incidencia o influencia de las entidades financieras en la concreta determinación del índice. Todos estos factores los fiscalizan los órganos reguladores de la administración pública.*

Según el voto particular, sin embargo, el IRPH es susceptible de ser objeto de control de transparencia: *no cabe poner en duda que el índice de referencia IRPH - Entidades tanto al tenor de su fórmula matemática de cálculo, como por su peculiar configuración (incluye comisiones y además gasto del cliente, y se calcula por una media no ponderada) presenta una complejidad de comprensión para el consumidor medio que lo hace «idóneo» como elemento o componente susceptible del control de transparencia y, por tanto, de las exigencias derivadas para el profesional de facilitar, activamente, una información adecuada y comprensible de su aplicación y funcionamiento en el contrato de préstamo ofertado.*

Sin perjuicio de la ya mencionada competencia atribuida al juez nacional sobre si una cláusula contractual responde a una norma imperativa o supletoria, la reciente STJUE de 3 de marzo de 2020, C-125/18 (Asunto Mare Gómez del Moral Guasch vs. Bankia S.A.) (que en su considerando 32 recuerda la referida competencia), sostiene que las cláusulas/condiciones IRPH están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE.

Este pronunciamiento responde a la primera cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 38, de Barcelona, a raíz de un litigio que versa sobre un préstamo hipotecario que incorpora una cláusula IRPH. En ella, solicita que el TJUE

interprete la exclusión del art. 1.2 Directiva 93/13/CEE en relación con este tipo de cláusulas, a efectos de la eventual aplicación del control de transparencia sobre las mismas.

El Tribunal europeo afirma que la normativa reguladora del índice no incluye la obligación de *establecer en las cláusulas de retribución recogidas en contratos de préstamo hipotecario la aplicación de uno de los seis índices oficiales establecidos en la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela* (hoy derogada).

Añade: *La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994* (igualmente derogada) *no obligaba a utilizar en los préstamos a tipo de interés variable un índice de referencia oficial, entre los que se incluye el IRPH de las cajas de ahorros, sino que se limitaba a fijar los requisitos que debían cumplir los «índices o tipos de interés de referencia» para que las entidades de crédito pudieran utilizarlos.*

En consecuencia, concluye que las entidades financieras tienen la facultad de incorporar la remisión a dichos índices oficiales. Se trata de una posibilidad, no de una obligación, que tampoco ha de regir en defecto de pacto *inter partes*.

Así, en respuesta a la primera cuestión prejudicial que le formula el Juzgado español, establece que, sin perjuicio de la valoración correspondiente del juez nacional sobre la naturaleza de la disposición normativa referida, la cláusula contractual que remite al índice IRPH está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE, dado que su incorporación al contrato no deriva de una disposición legal o administrativa imperativa ni supletoria.

Esta conclusión, es coherente con la jurisprudencia del propio TJUE, conforme a la cual la interpretación sobre la excepción del art. 1.2 Directiva 93/13/CEE ha de ser restrictiva [STJUE de de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, (Asunto Monika Kušionová contra SMART Capital a.s.)].

6.2.4.- La aplicación del régimen de control sobre las cláusulas IRPH.

A.- El control de incorporación.

El objeto y contenido del control de incorporación, en su proyección sobre las cláusulas/condiciones IRPH, no presenta particularidad o especial controversia. En síntesis, han de ser gramaticalmente claras y comprensibles, el prestatario ha de haber

tenido la posibilidad real de conocerlas y, por último, habrá de haberlas aceptado voluntariamente.

Dado que definen el objeto principal del contrato, en la generalidad de los casos el prestatario conocerá y aceptará este tipo de cláusulas.

B.- El control de transparencia material.

Como resalté en su momento, si el adherente tiene, a su vez, la condición de consumidor, entra en juego el control de transparencia material.

El control de transparencia, proyectado sobre cláusulas que definen el objeto principal del contrato, como es el caso de las IRPH, persigue *que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de ejecución o desarrollo del mismo* (STS núm. 422/2019 de 16 julio. [RJ 2019\2799]).

B.1.- Objeto y extensión del control de transparencia material.

Si el control de incorporación aplicado a las cláusulas IRPH no es fuente de controversia, lo contrario sucede con el control de transparencia.

Los principales problemas son dos, interrelacionados: primero, la determinación del objeto de control; segundo, la definición de la extensión del control, los criterios a aplicar para considerarlo, o no, superado.

El debate lo protagonizan las dos posturas plasmadas en la STS 669/2017 y en su voto particular, si bien, he de decir desde ahora que el criterio del voto particular aparece refrendado, al menos en parte, por la citada sentencia de fecha 3 de marzo de 2020 dictada por el TJUE.

Según la postura mayoritaria del Alto Tribunal, el control de transparencia material ha de circunscribirse a la cláusula que incorpora el índice, sin que pueda proyectarse sobre el IRPH en sí.

Sostiene que el índice como tal no es susceptible de dicho control, dado que *es un índice definido y regulado legalmente, que se incorpora a un contrato de préstamo a interés variable mediante la predisposición por la entidad financiera prestamista de una condición general de la contratación. No obstante, la parte predisponente no define contractualmente el índice de referencia, sino que se remite a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones legales para este tipo de contratos. Por ello, es a la Administración Pública a quien corresponde controlar que esos índices se ajusten a la normativa, lo que hace que ese control quede fuera del ámbito de conocimiento de los tribunales del orden civil.*

Esa primera conclusión condiciona la solución al segundo problema. En relación con las cláusulas IRPH, dice el Tribunal Supremo, se debe examinar si la información proporcionada al prestatario le ha permitido tener constancia de que el precio del préstamo *está constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactados.*

Presume que el carácter principal de la cláusula conlleva, necesariamente, el conocimiento por parte del consumidor de la importancia que tiene en el contrato, tanto desde el punto de vista jurídico como económico. A su vez, entiende que la constante utilización de este tipo de índices por parte de las entidades de crédito, implica una gran accesibilidad respecto de la información acerca de su funcionamiento, de tal manera, que cualquier consumidor *normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*, sería capaz de conocer y contrastar las condiciones de cada uno de ellos.

Desde una perspectiva negativa, considera que no es exigible a la entidad prestamista: ni ofrecer varios de los índices oficiales, ni aportar una explicación pormenorizada de la configuración y funcionamiento del IRPH, ni de su evolución. El Tribunal vuelve a basarse en el papel de la Administración Pública para eximir a la entidad predisponente de esta obligación, dado que aquélla es la encargada de elaborar tales índices y supervisar su ajuste a la legalidad. Considera que la evolución más favorable para el consumidor que pueda experimentar el Euríbor con posterioridad a la celebración del contrato, no se ha de tener en cuenta a efectos de transparencia. Indica que, para analizar una cláusula contractual, se ha de atender a las circunstancias de la

celebración del contrato (STJUE de 20 de septiembre de 2017 [asuntos acumulados C-215/16, C-216/16, C-220/16 y C-221/16], [TJCE 2017\190]), momento en que, dice, a la entidad le resultaría *imposible* conocer dicho comportamiento subsiguiente.

Por el contrario, de acuerdo con el voto particular, el IRPH es idóneo como elemento susceptible del control de transparencia, y no solo la cláusula/condición que lo incorpora.

Sentadas las premisas de la sujeción del índice a la Directiva 93/13/CEE, en cuanto no queda comprendido en el artículo 1.2 de la misma, y de la aplicación del control de transparencia a las cláusulas relativas a los *elementos esenciales* del contrato, considera que el índice en sí cumple el requisito de la «dificultad» o «complejidad». Es indudable, dice, *que el índice de referencia IRPH-Entidades tanto al tenor de su fórmula matemática de cálculo, como por su peculiar configuración (incluye comisiones y además gasto del cliente, y se calcula por una media no ponderada) presenta una complejidad de comprensión para el consumidor medio que lo hace «idóneo» como elemento o componente susceptible del control de transparencia y, por tanto, de las exigencias derivadas para el profesional de facilitar, activamente, una información adecuada y comprensible de su aplicación y funcionamiento en el contrato de préstamo ofertado.*

Para sostener la anterior conclusión, el voto particular cita la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto Kásler, C-26/17, la cual señala que *la exigencia de transparencia también alcanza a la formulación aritmética de la cláusula en cuestión, esto es, que el profesional articule los criterios precisos y comprensibles que sean necesarios para que el consumidor medio pueda comprender los mecanismos aritméticos de la determinación de su tipo de interés y valorar sus consecuencias económicas sobre el contrato ofertado.*

En lo que respecta a la extensión del control, la posición del voto particular parte de la base de que la complejidad del IRPH comporta que su mera referencia en el contrato no permite asegurar la comprensión del consumidor respecto de su influencia en el precio del préstamo, siendo este entendimiento vital para que el prestatario conozca adecuadamente la carga económica que asume. Por tanto, alcanzar dicho conocimiento por medio de la aportación de la información suficiente, ha de ser una obligación inexcusable de la entidad predisponente, que debe ser supervisada por medio del control de transparencia aplicado por los Tribunales.

A este fin, la extensión del control de transparencia del IRPH ha de abarcar: *la valoración de la publicidad e información proporcionada por el prestamista, al examen sistemático de la cláusula en cuestión con relación al resto de las condiciones generales del contrato y, por supuesto, la información suministrada por el prestamista con relación a la comprensibilidad de los elementos aritméticos empleados en la reglamentación predispuesta.*

La exigencia de información comprende facilitar *el último valor disponible del índice, su evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales, enseñar, en atención al conjunto de las circunstancias que el profesional pueda conocer en el momento de la contratación y que puedan influir en la ulterior ejecución de dicho contrato, los posibles escenarios que comporten su aplicación en función de su evolución futura* (STJUE 20 de septiembre de 2017 [asuntos acumulados C-215/16, C-216/16, C-220/16 y C-221/16], [TJCE 2017\190]), detallar los distintos factores que contribuyen a la formación de dicho índice y el modo de cálculo del mismo.

Todo ello, se debe a que el control de transparencia *no tiene por objeto reiterar un control de legalidad superpuesto al que ya viene implícito en la disposición legal o administrativa que lo autoriza como índice oficial y regula su aplicación, sino contrastar la «exigencia de transparencia» sobre la comprensibilidad del mismo que incumbe al profesional cuando lo utiliza o lo emplea en la configuración de la cláusula predispuesta; pues, la disposición legal que lo autoriza no tiene como función explicar su alcance y funcionamiento concreto en la contratación bajo condiciones generales que lleve a cabo el profesional, ni suplir sus especiales deberes de información en este modo de la contratación. Esta conclusión queda reafirmada si se atiende a la propia interpretación que el TJUE realiza sobre la referida excepción del art. 1.2 de la Directiva*

Como adelanté anteriormente, la tesis del voto particular ha resultado respaldada, al menos en parte, por la sentencia de 3 de marzo de 2020 del TJUE.

En efecto, al resolver los apartados b) y c) de la segunda cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº. 38, de Barcelona, el TJUE concluye *que para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté*

en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés (SSTJUE de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 75, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 51).

B.2.- La consecuencia jurídica resultante de la no superación del control de transparencia material.

Hasta la modificación del art. 83 LGDCU operada por la Disposición Adicional Octava LCCI, no existía ninguna norma en nuestro ordenamiento que reglase expresamente las consecuencias jurídicas resultantes de no superar una cláusula/condición el control de transparencia.

De conformidad con la jurisprudencia, el hecho de que una cláusula referida al objeto principal del contrato no superase dicho control, no determinaba su ineficacia, si bien constituía el requisito que, de conformidad con el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE, permitía someterla al control de contenido (STS de 9 de mayo de 2013).

Así lo recoge, en concreto con relación a una cláusula IRPH, la SAP de Cantabria núm. 348/2020 de 8 junio. [JUR 2020\173332]: *resulta igualmente patente que no consta el cumplimiento por parte de la entidad bancaria de su obligación de informar de la evolución, del tipo de interés de referencia, durante, al menos, los últimos dos años...En tales condiciones no puede por menos de informarse un déficit de transparencia respecto de la cláusula analizada. La conclusión anterior no es en sí misma decisiva, sino que abre la puerta al examen de la posible nulidad por abusiva de la cláusula.*

La reforma del art. 83 LGDCU ha modificado tal estado de cosas. Tras la modificación introducida por la LCCI, el párrafo segundo de dicho precepto dispone: *las*

condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.

El artículo mantiene en su párrafo primero la sanción de nulidad para las cláusulas abusivas, de lo que cabe extraer que la Ley configura dos supuestos autónomos de nulidad, sin exigir que las cláusulas no transparentes sean, a su vez abusivas, sino únicamente perjudiciales para el consumidor (SAP Valencia núm. 684/2020 de 1 junio. [JUR 2020\170914]).

La modificación del artículo 83 de la LGDCU entró en vigor el 16 de junio de 2019, y de conformidad con la Disposición Transitoria Primera de la LCCI, se aplica a los contratos celebrados a partir de tal fecha.

C.- El control de contenido: abusividad.

Para los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la LCCI, el análisis de abusividad de las cláusulas IRPH, no del índice en sí mismo, entra en juego en caso de que no superen el de transparencia material.

A partir de aquí, los criterios utilizados por los Tribunales de Justicia son variados, al igual que sus pronunciamientos.

Según la SAP Barcelona núm. 634/2020 de 24 abril. [AC 2020\389], *el desequilibrio consistiría en que, a la fecha de la celebración del contrato, ese índice fuera gravemente perjudicial para el consumidor*, circunstancia que considera no concurre en el caso que resuelve, inclinándose por la validez de la estipulación. Conforme a la sentencia de fecha 8 de junio de 2020 dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria [2020/173369], *el hecho de que históricamente se haya constatado un mayor valor del índice IRPH Cajas en relación al Euribor - atendiendo únicamente al índice de referencia-, no permite afirmar un desequilibrio importante en el momento de la contratación, que es el que debe considerarse... el mismo TJUE, en la sentencia de 3 de Marzo 2020, ha admitido la posibilidad de que en caso de que la falta de transparencia condujera a la nulidad del contrato y se considerara necesaria su integración en beneficio del consumidor, esta se hiciera con el índice IRPH Entidades conforme a esa norma legal, siempre que el juez nacional la considere norma supletoria (Fundamento de Derecho 66, apartado 3) del Fallo); de suerte que tal índice oficial es así considerado*

como no abusivo, lo que puede predicarse igualmente de los demás índices oficiales elaborados por el Banco de España.

En sentido opuesto, la SAP de Valencia núm. 684/2020 de 1 junio. [JUR 2020\170914], considera que el hecho de que el prestatario, a resultas del déficit informativo de que adolecía la cláusula, no pudiera comparar el contrato celebrado con otros ofrecidos en el mercado, integra el perjuicio o desequilibrio para el consumidor típico de la abusividad, y declara la nulidad plena de la cláusula IRPH.

Esta sentencia llega a la misma solución, aunque con diferente fundamento, que el voto particular de la STS 669/2017, el cual, considerando que la exigencia del deber de transparencia tiene como función «restablecer» la simetría de información que de forma consustancial se ve alterada por la contratación mediante cláusulas/condiciones, para que el consumidor medio, sin necesidad de realizar un análisis pormenorizado y minucioso de los elementos esenciales del contrato, pueda contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que asume, concluye que dicha exigencia no se cumplió en el caso sobre el que versa, por lo que califica la cláusula predispuesta objeto de litis de abusiva y, por tanto, ineficaz.

6.2.5.- Efectos de la nulidad.

Hasta la STJUE de 3 de marzo de 2020, no ha habido unanimidad en la jurisprudencia acerca de las consecuencias que entrañaba la declaración de nulidad de las cláusulas IRPH. Las posturas adoptadas habían sido: la inaplicación de la cláusula que incluía el IRPH sin posibilidad de sustitución por un tipo de interés menor, y la aplicación del Euríbor más el diferencial pactado⁷⁸.

Precisamente, la tercera cuestión prejudicial que formula el Juzgado de Barcelona, plantea al TJUE cuáles habrían de ser los efectos de la nulidad de una cláusula IRPH.

En esta línea, cabe citar la regulación que, respecto de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores, establece la Directiva 93/13. Su art. 6.1, indica que no vincularán al consumidor las cláusulas contractuales que se reputen abusivas, y que el contrato seguirá obligando en caso de que pudiera subsistir sin tales cláusulas. Por su

⁷⁸ AHEDO SÁNCHEZ, O., “Cláusulas IRPH”, en *Jurisprudencia sobre hipoteca y contratos bancarios*. Primera Edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2019. p. 450.

parte, el art. 7.1 dispone que los Estados miembros habrán de instaurar mecanismos para que cese el uso de cláusulas abusivas.

La interpretación que el Tribunal europeo ha realizado sobre los citados artículos, ha sido en el sentido de que, en principio, el juez nacional no puede integrar el contrato por medio de la modificación de una cláusula declarada nula por abusiva, debido a que, así, se eludiría el efecto disuasorio que ha de producir su extinción frente a los empresarios que las emplean. Resulta más beneficioso a estos profesionales que, cuando se declararen nulas, fueran modificadas, en lugar de suprimidas. Por ello, la integración judicial únicamente les alentaría a seguir incluyéndolas en los contratos.

No obstante, en el supuesto de que el contrato suscrito entre el empresario y el consumidor no pudiera subsistir sin dicha cláusula, de forma que la extinción consiguiente acarrearía consecuencias especialmente perjudiciales para el consumidor, el TJUE interpreta que los citados preceptos no se oponen a que, en tal caso, *el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato*.

En la medida que la cláusula IRPH se refiere o define el objeto principal del negocio, o parte de él, su nulidad, en defecto de índice sustitutivo previsto en el contrato, conllevaría la de éste, en claro perjuicio para el prestatario, obligado a la restitución inmediata de todo el montante adeudado (SAP Valencia SAP Valencia núm. 684/2020 de 1 junio. [JUR 2020\170914]). Como consecuencia, el órgano judicial ha de integrar el contrato con un índice legal.

Nuestro ordenamiento, en concreto la Disposición Adicional 15^a de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización, prevé como índice supletorio, respecto de los índices IRPH-Bancos, IRPH-Cajas y Tipo Activo de Referencia de las Cajas de Ahorro, el IRPH-Entidades.

En otro caso, el índice sustituto habría de ser aquél de los oficiales existente a la fecha de celebración del contrato que resultara más usual en tal momento (consideran como tal el Euríbor, el voto particular a la STS 669/2017; SJPI, nº. 4, Burgos, núm. 393/2020 de 4 marzo. [JUR 2020\95502]; SJPI, nº. 6, Lérida, núm. 227/2020 de 9 marzo. [JUR 2020\97612]; SJPI, nº. 17, Palma de Mallorca núm. 582/2020 de 20 abril. [JUR 2020\111701]).

Sobre la base de que el TJUE, respondiendo ya a las observaciones orales y escritas del Gobierno español, decidió no limitar temporalmente los efectos de la sentencia de 3 de marzo de 2020, y en virtud del artículo 1.303 CC, el índice sustituto fijado por la sentencia se aplicará con efectos retroactivos, desde la perfección del contrato. En consecuencia, el prestamista habría de devolver al prestatario una suma igual a la diferencia entre el resultado de haber aplicado el índice cuya cláusula es anulada y el que se hubiera obtenido de haber aplicado el índice sustituto, más los intereses (SJPI, nº. 4, Burgos, núm. 393/2020 de 4 marzo. [JUR 2020\95502]; SJPI, nº. 6, Lérida, núm. 227/2020 de 9 marzo. [JUR 2020\97612]; SJPI, nº. 17, Palma de Mallorca núm. 582/2020 de 20 abril. [JUR 2020\111701]).

7.- CONCLUSIONES

Primera.- El contrato de préstamo hipotecario es un contrato complejo, objeto, junto a la regulación general, de una importante normativa sectorial, principalmente en el ámbito de las entidades de crédito, tributaria esencialmente del Derecho de la Unión Europea.

La indicada normativa sectorial tiene como finalidad principal proteger los legítimos intereses de los prestatarios personas físicas y consumidores, y con ello, procurar la estabilidad y eficiencia del sistema financiero en su conjunto.

La normativa sectorial destaca la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito inmobiliario, que transpone la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. La Ley 5/2019 persigue dotar de un régimen jurídico seguro, ágil y eficaz a los contratos de crédito inmobiliario, y con ello, procurar seguridad jurídica en este sector, en beneficio del crecimiento de la economía, y el acceso a la propiedad sobre las viviendas familiares.

Los distintos mecanismos que dispone la Ley son, en teoría, adecuados para conseguir sus fines. No obstante, la práctica y la litigiosidad vienen demostrando que los textos legales no son, por sí solos, suficientes para alcanzar la protección del cliente financiero, reduciendo el desequilibrio existente entre las partes contratantes.

Segunda.- Una de las cuestiones de mayor trascendencia en relación a la nueva reglamentación de los préstamos hipotecarios y, en concreto, de los contratos de crédito inmobiliario es la protección al que podemos denominar como contratante débil.

En unos casos beneficia al prestatario persona física (cliente), en otros al prestatario persona física consumidor y en otros al prestatario persona física o jurídica consumidor. Sin perjuicio de lo anterior, existe cierta tendencia a limitar la protección del cliente financiero a las personas físicas que actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional, en definitiva, al consumidor financiero, lo cual puede resultar injusto debido a la situación de vulnerabilidad en que se encuentran las personas jurídicas consumidoras.

Tercera.- La protección dispensada al prestatario hipotecario por la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario se articula mediante las siguientes técnicas: a)

obligaciones de información y transparencia, en la publicidad, la fase precontractual y en la celebración del contrato; b) atribución de funciones de control y asesoramiento al Notario en su caso interviniente; c) normas de conducta que los prestamistas, intermediarios de crédito inmobiliario y representantes designados han de cumplir en el proceso de elaboración, promoción, comercialización y contratación de préstamos inmobiliarios.

Junto a ellas, establece normas tuitivas que integran el contenido del contrato, en materia tipo de interés, reembolso anticipado, vencimiento anticipado e intereses moratorios.

Se puede valorar como muy positiva, la atención que la Ley presta a la consecución del principio de transparencia material, es decir, que el cliente pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar.

Cuarta.- El coste total del préstamo para el prestatario resulta, esencialmente, del interés remuneratorio que se obliga a pagar en concepto de *precio* de la financiación que recibe.

De ahí que, la jurisprudencia estime que las cláusulas contractuales reguladoras del tipo de interés definen el objeto principal del mismo. Entre ellas, se encuentran las denominadas cláusulas IRPH.

Quinta.- La cláusula IRPH puede tener la naturaleza de condición general de la contratación, si reúne los requisitos de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad, y no haber sido objeto de negociación individual, en cuyo caso estaría sujeta a la Directiva 93/13/CEE, la LCGC y la LGDCU.

Estas cláusulas han de ser sometidas al control de incorporación y al control de interpretación. Además, si el prestatario hipotecario tiene la condición de consumidor, deberán ser objeto, igualmente, del control de transparencia material.

El objeto de éste último comprende, no sólo la cláusula que incorpora al contrato el IRPH, sino también el índice en sí mismo considerado, como elemento idóneo susceptible del control de transparencia.

La extensión del control, los criterios a aplicar para considerarlo, o no, superado, exige que la cláusula *no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical,*

sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

Sexta.- La consecuencia jurídica de que la cláusula IRPH no supere el control de transparencia podrá ser: a) la sumisión de la misma al control de contenido, abusividad; b) en los contratos a los que resulte de aplicación la modificación del art. 83 LGDCU, operada por la Disposición Adicional Octava de la LCCI, la nulidad de la cláusula.

Séptima.- En la medida que la cláusula IRPH se refiere o define el objeto principal del negocio, o parte de él, su nulidad, en defecto de índice sustitutivo previsto en el contrato, conllevaría la de éste, en claro perjuicio para el prestatario, obligado a la restitución inmediata de todo el montante adeudado.

Como consecuencia, el órgano judicial ha de integrar el contrato con un índice legal⁷⁹.

Como reflexión conclusiva, podemos afirmar que la generación ininterrumpida de mecanismos de protección en favor del prestatario hipotecario consumidor, responde: a la situación de vulnerabilidad en que se encuentra; a que, con carácter general, precisa de la financiación de las entidades de crédito a fin de optar a la adquisición de su vivienda, y a que, el lícito fin de lucro que inspira a éstas, se traduce con cierta frecuencia en prácticas abusivas.

Pese a lo inevitable de tal realidad, el ordenamiento jurídico ha sido capaz, después de una larga trayectoria, de crear una regulación sumamente protectora y preocupada por un equilibrio efectivo de fuerzas entre las partes contratantes, dentro de lo posible.

A todo ello, se ha de sumar la interpretación jurisprudencial comunitaria y nacional que ha aplicado con imparcialidad y coherencia, no sólo el derecho positivo europeo, sino también los principios generales de justicia e igualdad que consagra el ordenamiento de la Unión.

⁷⁹ STJUE de 3 de marzo de 2020, C-125/18 (Asunto Mare Gómez del Moral Guasch vs. Bankia S.A.).

Desde luego, en el ámbito de protección a los consumidores, es una verdadera suerte formar parte de esta organización internacional.

8.- BIBLIOGRAFÍA

- ADAN DOMENECH, F., *El fin de las cláusulas abusivas hipotecarias en la Ley de crédito hipotecario y en la jurisprudencia del TS y del TJUE*. Primera Edición. Ed. Bosh Editor. Barcelona. 2020.
- AGUILAR RUIZ, L., “Contratos de financiación y garantía” en *Manual de Derecho Civil Patrimonial I*. (Coor. INFANTE RUIZ, F./ LÓPEZ DE LA CRUZ, L.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2016.
- AHEDO SÁNCHEZ, O., “Cláusulas IRPH”, en *Jurisprudencia sobre hipoteca y contratos bancarios*. Primera Edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2019.
- ARGELICH COMELLES, C., “Remedios del consumidor ante la abusividad en los instrumentos no financieros”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 771. 2018.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Tratado de Contratos*, Tomo IV, 2ª Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.
- CALVO BERNARDINO, A., PALOMO ZURDO, R. J., GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ M., “El panorama actual del sistema financiero español”, en *Los Mercados Financieros*. CAMPUZANO, ANA BELÉN; CONLLEDO LANTERO, FERNANDO; PALOMO ZURDO, RICARDO J. (dirs.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.
- CARRASCO PERERA, A., “Comentario a la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 10/2014. Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha.
- Colegio de la Abogacía de Madrid. *Derechos de los consumidores en la contratación de productos financieros*.
- CORTÉS, L. J., “Contratos y mercados financieros”, en *Lecciones de Derecho Mercantil*, II. MENÉNDEZ, A./ROJO, A. (dirs.). Ed. Civitas. Pamplona. 2019.
- CUENA CASAS, M., “El “consumidor” necesita una autoridad pública que le proteja”. *Blog Hay Derecho*. 28/10/2019.
- DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, Tomo 2. Ed. Tecnos. Madrid. 2018.
- DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*. Volumen III, tomo 2. Ed. Tecnos. Madrid. 2018.
- GADEA, E., *La contratación bancaria*. Ed. Dykinson, S.L. Madrid. 2017.
- LARA ORTIZ, M. L., *De las Cajas de Ahorros a las Fundaciones Bancarias*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2020.

- LOZANO GAGO, M.L., “La protección jurisdiccional de los derechos del consumidor: evolución en la jurisprudencia nacional y de la UE”, en *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros*. DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ, C. (dir.), FORTEA GORBE, J. L. (coord.). Primera Edición. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 2019.

- MARÍN LÓPEZ, M.J., “El control de la transparencia material”, en *Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario*, CARRASCO PERERA, A. (dir.). Primera edición. Aranzadi. Pamplona. 2019.

- MARTÍN FABÁ, J.M., “Nuevo régimen de vencimiento anticipado”, en *Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario*. Primera Edición. Ed. Aranzadi. Pamplona. 2019.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. *Curso de Derecho Civil (II)* – Vol. 2: Contratos y Responsabilidad Civil. Ed. Edisofer, S.L.. 4ª Edición, Madrid. 2016.

- MOYA DONATE, P., “La mediación y el arbitraje en el ámbito de la protección al consumidor”, en *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros*. Primera Edición. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 2019.

- ORDUÑA MORENO, F.J., “Control de transparencia”, en *Control de transparencia y contratación bancaria*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2016.

- PEÑA BERNALDO DEL QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*. Cuarta edición. Ed. Fundación Benficientia et Peritia Iuris. Madrid. 2001.

- VALLET DE GOYTISOLLO, J. *Estudios sobre garantías reales*. Segunda edición. Ed. Montecorvo, S. A. Madrid. 1984.

- VERCHER MOLL, J., *La ordenación mercantil de las entidades de crédito*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 2019.

- ZUNZUNEGUI, F., “Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos”. *Revista de Derecho del Mercado Financiero*. 2013.